TEORIA

DEL

HECHO JURÍDICO

INDIVIDUAL Y SOCIAL

POR

JOAQUIN COSTA

Profesor en la *Institucion libre de Enseñanza*,
Miembro correspondiente de la *Academia de la Historia*.



MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION
Ronda de Atocha, núm. 15.

1880

OBRAS DEL AUTOR

Discurso leido en el acto de la inauguracion del Ateneo Oscense; Huesca, 1866.

Ideas apuntadas en la Exposicion Universal de París, de 1867; Huesca, 1868.—6 rs.

La Vida del Derecho; introduccion al «Ensayo sobre el Derecho Consuetudinario,» obra premiada en concurso público en la Universidad Central; Madrid, 1876. — 16 rs.

La Agricultura espectante y la Agricultura popular; Madrid, 1877.

Cuestiones celtibéricas: *religion*. Huesca, 1877.

Cuestiones celtibéricas: organizacion civil, política y religiosa; Madrid, 1879. — 6 rs.

Derecho Consuetudinario del Alto Aragon; Madrid, 1880.—16 rs.

Teoría del hecho jurídico, individual y social; Madrid 1880.— 24 rs.

La Poesía Popular española: *crítica, biología é historia de la misma*.—En publicacion.

Los dialectos de transicion en general, y los celtibérico-latinos en particular.—En publicacion.

Me he propuesto en el presente Ensayo analizar el hecho jurídico en su contenido, en su génesis y en su eficacia como signo expresivo de relaciones jurídicas y como fuente de derecho positivo. Desde que en 1873 escribí para el concurso al Premio-Maranges la Memoria sobre «Derecho Consuetudinario,» de que ha visto la luz pública una parte (*La Vida del Derecho*), y en la cual se sentaban las bases de la doctrina biológico-jurídica que ahora desenvuelvo, y las de la teoría de la costumbre que se darán más tarde á la estampa, — he tenido ocasion de penetrar más en la naturaleza del hecho jurídico, en el modo de su generacion y en su manera de obrar en la vida: 1º Recogiendo de la tradicion oral toda una legislacion consuetudinaria, é inquiriendo sus relaciones con el conjunto de la vida del pueblo que la ha creado y con la legislacion oficial escrita (*Derecho Consuetudinario del Alto-Aragon*): 2º Poniendo á contribucion los novísimos descubrimientos é hipótesis de la Psico-física, debidos al perseverante esfuerzo de los Weber, Fechner, Wundt, Carpenter, Maudsley, Luys, Ferrier, Delboeuf, Lötze, Helmoltz, etc., que es ya hora de introducir en la ciencia del derecho, trabajada to-

davía por el tradicional dualismo de espíritu y cuerpo en que ha venido informándose hasta el presente dia.

No le es ya lícito al científico abordar el árduo problema de la biología jurídica, manteniendo incólumes los principios de la antigua filosofía, y desentendiéndose del nuevo sentido que ha principiado á germinar con tanto vigor, aunque tan irregularmente y con la exajeracion propia de toda novedad, y que anuncia sin género alguno de duda una nueva era en la ciencia. Haciendo la apoteosis del fenómeno sobre todo lo abstracto y universal, negando lo que afirmaba el raciocinio de los idealistas, el saber experimental de nuestro siglo ha despertado con ruda sacudida á la razon y la ha llamado á la realidad, de la cual vivia por mitad divorciada, enseñándole cuán incompletas ó deleznables eran sus conquistas, y cuán léjos estaba de haber agotado los múltiples aspectos y relaciones del Espíritu y de la Naturaleza. Empieza quebrantando el antiguo abstracto principio del libre albedrío, y acaba construyendo una teoría del hábito más concreta y más conforme con la realidad que la vaga y nebulosa de las concepciones destronadas. Cómo se eleva gradualmente la actividad desde las primeras rudimentarias manifestaciones de la vida orgánica é inconsciente, hasta las más altas regiones de la conciencia y de la libertad, y cómo en los diversos grados de esa escala jerárquica, el derecho es otro, si no por la cualidad, por la cantidad: es problema trascendentalísimo, sin el cual la Filosofía del Derecho camina á media luz por los escabrosos senderos de sus abstractas especulaciones. Las categorías movibles de la actividad; la accion y reaccion constante en que se mantienen lo consciente y lo inconsciente, efecto de esa conjuncion misteriosa de la Naturaleza y el Espíritu en el hombre y en el reino animal; cómo se estampan en el organismo y se hacen instintivos, específicos y acaso reflejos, los ac-

tos conscios del sujeto, y viceversa, cómo entra el sujeto en posesion de la actividad automática y semi-automática que obra en él, y la domina, y la traduce en actos libres y plenamente conscios: es problema sin cuya solucion se incapacita para comprender las funciones trascendentalísimas que desempeñan en la vida la reflexion y el hábito, y para regular las infinitas aplicaciones de que son susceptibles en la vida y progreso del derecho. No cabe verdadera ciencia jurídica sin el estudio del sistema neuro-psíquico, señaladamente del cerebro, y sus varias funciones; y con este sentido he analizado el aspecto genético del hecho, y lo que podríamos denominar su facultad reproductora, la aptitud que presta al organismo para repetirlo con un esfuerzo cada vez menor, y luégo, casi sin esfuerzo.

Como medio de exposicion, me han servido las vivas enseñanzas de lo pasado. Es la Historia gran maestra de saber, y yo he puesto á contribucion sus hechos, unas veces, para neutralizar la accion y los efectos de la fantasía creadora, que en la ciencia, más que guiar, perturba y desorienta, y dar á la razon un criterio, aunque provisional y de experiencia, casi siempre seguro, para *verificar* sus resultados, y cerciorarse de que sus conclusiones son legítimas, y no quiméricos apriorismos; otras veces, para representar y poner en accion los principios y hacer de este modo más perceptible la doctrina. Acaso se me achaque á vicio la abundancia de los ejemplos, que parece á veces como que ahogan la teoría; pero he tratado de hacer un libro eminentemente práctico, y nunca persuade tanto la razon como cuando se acompaña de la experiencia. He acudido tambien á la historia de las doctrinas jurídicas y de las legislaciones, para demostrar: 1º Que no carecen de precedentes y de filiacion en lo pasado opiniones que á algunos parecerian aventuradas, si no llevasen el sello de la tradicion: 2º Que si en algunos lugares me

separo del dictámen de los jurisconsultos, no ha sido capricho ni prurito de innovar, sino exigencia imperiosa de razon.

He procurado con empeño evitar toda abstraccion, así como toda idea preconcebida: llevando por único guía en la investigacion del hecho jurídico el hecho mismo y sus factores, vistos en la razon ó en la historia, he huido cuidadosamente de hacer ciencia banderiza y de faccion, que hubiera sido una ofensa á la razon humana y un atentado contra la propia dignidad, sobre hallarse en abierta pugna con mis sentimientos y convicciones personales. Ultimamente, me he esforzado por subsanar el defecto de oscuridad en el lenguaje, que con razon se me censuró en *La Vida del Derecho*, aunque no me lisonjeo de haberlo conseguido sino en muy pequeña parte.

SUMARIO

CAPÍTULO II.

SUJETO DEL HECHO: LA ACTIVIDAD DEL ESTADO.

CAPÍTULO III.

INFORMACION DEL DERECHO POR LA ACTIVIDAD.

I. REALIZACION Ó PRODUCCION INTERIOR DEL HECHO: PLAN.

CAPÍTULO IV.

EL HECHO CONSUETUDINARIO.

CAPÍTULO V.

EL HECHO HABITUAL.



TEORIA DEL HECHO JURÍDICO

SOCIAL É INDIVIDUAL.

PRELIMINAR.

1. El hecho jurídico como realizacion temporal del derecho, y como signo de un estado subjetivo.—Todo hecho supone: 1°, algo factible, algo posible ó potencial (que se puede hacer), una sustancia, una esencia: la esencia ó naturaleza de algun sér, hombre, planta, animal, etc.: 2°, una actividad que obre sobre esa sustancia factible, la revista de una forma individual, la saque de su estado potencial y caótico, la traiga al tiempo, torne lo posible en positivo. El producto de esa actuacion, la consecuencia de esas dos premisas, lo individualizado, lo positivo, es el *hecho*: bien á las claras el nombre mismo lo manifiesta. La accion informadora de la actividad de los séres sobre su propia esencia, y la produccion incesante de hechos ó estados temporales, que es su resultante, constituye la vida. No hay hecho, no hay fenómeno, no hay estado, sino mediante la conjuncion de aquellos dos elementos: así, la actividad vegetal despliega la virtualidad latente en la semilla, y se forma el árbol, que es un hecho, una vivificacion, una individualizacion temporal de la especie botánica á que pertenece: la actividad del árbol, obrando sobre sus propias facul-

tades, dadas en él como posibilidades, crea flores y frutos, que son tambien hechos, obras, productos: la actividad del espíritu, obrando sobre las propiedades ó esencias particulares que lo constituyen, v. gr. sobre el derecho, que es una de ellas, lo determina, lo concreta, lo hace real, engendrando un acto de ocupacion, una permuta de cosas ocupadas, una defensa de la propia vida, la proteccion de un menor, un testamento, una asociacion, una ley, un tratado, el juicio de un hecho, la reparacion de una injusticia, que son determinaciones ó vivificaciones del derecho esencial: obrando la propia actividad jurídica del espíritu sobre ese testamento, sobre ese tratado, sobre esa ley, sobre esa sentencia, propuestas á su vez como planes ó posibilidades al sujeto racional, les da cumplimiento, produciendo nuevos hechos de derecho. Y así como no hay hecho sin la conjuncion de aquellos dos factores, esencia y actividad, tampoco cabe esa su conjuncion sino en tanto que forman parte de un mismo y solo sér: el sujeto activo sólo puede actuar sobre su propia sustancia: con la actividad de un árbol no fructifica otro; con la actividad sana de un hombre ó de un pueblo, no vive la vida regular del derecho ó de la política otro pueblo. No es factible para ningun sér sino lo que cae dentro de su esfera de accion; y no está en la esfera de accion de ningun sér sino lo que el sér mismo es. Por esto, todo hecho es como el vivo retrato del sér de quien procede. Todo lo ha de hacer el sujeto por sí y con sus propios medios: los hechos normales y la curacion. Caben influjos de fuera; determinaciones, nunca. Cabe ingertar una rama en las ramas de un árbol distinto; cabe infundir en el espíritu de un hombre principios de derecho que no hayan nacido en él; pero ni la rama producirá frutos, ni los principios inoculados se traducirán en hechos, miéntras no se hayan transustanciado en el sér, árbol ú hombre, miéntras el sér no se los haya apropiado, asimilado, y hecho carne de su carne. Ya verémos en otra ocasion cuán importantes aplicaciones recibe este principio en el cultivo y la terapéutica de la costumbre.

Segun lo expuesto, lo posible y lo positivo son términos relativos, ó mejor, hay grados y transiciones de uno á otro, ca-

ben términos compuestos, caben principios en parte hechos y en parte por hacer ó factibles. Tendrémos, pues, que distinguir *hechos de derecho esencial* y *hechos de derecho positivo*, v. gr., hechos «præter legem» ó «contra legem», y hechos «secundum legem.» Así, por ejemplo, la sentencia de un Tribunal es un hecho segun derecho positivo, porque los Tribunales están obligados á dictar sus sentencias de conformidad con las leyes y la jurisprudencia estatuida, y si de ellas se apartan, la sentencia es nula; el laudo ó sentencia arbitral es, ordinariamente, un hecho de equidad, ó sea de derecho esencial ó eterno, porque los amigables componedores, nombrados por las partes contendientes, no están obligados á conocer las leyes ó las costumbres recibidas, ni ménos á regir por ellas su juicio, y son libres de no atenerse á más que al dictado de la sana razon, y de conocer y decidir el asunto «sin sujecion á formas legales, y segun su leal saber y entender,» como dice la ley procesal española; que, por esto, recomendaba Aristóteles á los particulares que sometieran sus controversias al juicio de árbitros, en vez de deducirlas ante los Tribunales de justicia; y por eso mismo, al revés de Aristóteles, mostró Séneca predileccion por el juez oficial, cuya sentencia, ligada al texto de la ley, presta, á su modo de ver, más garantías de acierto y de imparcialidad que la libre decision de un árbitro ó componedor (1).—En cierta ocasion, Plinio el Jóven hubo de constituirse con dos amigos en consejo arbitral, á fin de averiguar quién tenía razon, si Curiano que se querellaba, ó su madre que lo habia desheredado, trasfiriendo todo su caudal á Plinio

(1) «Es propio de hombres razonables recurrir á un árbitro ántes que á un Juez, porque el primero no atiende sino á la *justicia*, miéntras que el Juez mira solamente á la *ley*: el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad (Aristót., *Rhetór.*, libro I, cap. 13, apud Grocio, *De jure belli ac pacis*).» «Cuantos objetos caen bajo la esfera del conocer, pueden hallarse previstos en la ley, y no dejar al Juez una libertad ilimitada. Por esto, el éxito de una buena causa parece asegurarse más si se confia á un Juez que si se confia á un árbitro, porque aquél no puede salirse de los límites que le traza una fórmula definida de derecho, miéntras que la conciencia de éste está libre de toda traba, puede añadir y quitar, y dictar su fallo, no segun las prescripciones de la *ley* y de la *justicia*, sino segun los impulsos *de la humanidad y de la misericordia* (Séneca, *De benef.*, libro III, cap. 7°, ed. Nisard).» En la antigüedad, recomiendan tambien el arbitraje Platon (*Las leyes*, libro VI, ed. de Azcárate, tomo IX, p. 284) y San Pablo (I *ad Corinth.*, VI).

mismo y á otras varias personas: la sentencia que dictaron, y su cumplimiento por los herederos, hechos eran de derecho natural, de derecho eterno, porque no supeditaron su juicio á regla ninguna donde ese derecho se hubiera hecho ántes positivo: si Curiano hubiese llevado adelante la demanda intentada contra los coherederos de Plinio, la sentencia de los centumviros hubiera sido de derecho positivo, porque á los centumviros no les era lícito guiarse por puras apreciaciones de equidad, sino por la ley escrita. —Otro ejemplo. Cuando ántes de 1856 se litigaba sobre un caso de violacion de bloqueo, y el presunto infractor alegaba en su descargo que no era justo ni equitativo considerarlo como tal, no habiéndose hecho efectivo tal bloqueo, esto es, no habiendo estado sostenido con fuerza suficiente para impedir el acceso del enemigo al litoral, el principio de justicia referente á aquel estado de cosas se hacía positivo, se determinaba directamente, sin pasar por el intermedio de ninguna declaracion ni regla positiva: realizábase un hecho de equidad, un hecho de derecho esencial; pero después del tratado de París de 16 de Abril de 1856, no sería menester acudir á principios absolutos de justicia, sino á los términos de la declaracion en él contenida, y tendríamos un hecho de derecho positivo, un hecho segun ley, ya que verdadera ley contractual es todo tratado: si el infractor se defendiese ahora alegando que el bloqueo, si bien efectivo, no habia sido notificado á los neutrales, la absolucion sería tambien hecho de derecho positivo, porque se ha introducido por costumbre que así se practique, y la costumbre es derecho positivo. —Cuando las naciones del Norte de Europa, aliadas contra Inglaterra en el siglo pasado, convinieron por vez primera en sus tratados que los efectos pertenecientes á los súbditos de las potencias beligerantes, trasportados en buques neutrales, fuesen libres, se pronunciaron contra la costumbre universalmente recibida hasta entónces, y que continuó rigiendo largo tiempo después, segun la cual «el pabellon no cubre la mercancía,» escucharon tan sólo las inspiraciones de su conciencia, hicieron positivo (*hecho*) un principio de razon, un principio de derecho racional ó esencial: en nuestro siglo, ese hecho se ha re-

producido, ha causado estado, se ha formado costumbre en ese sentido, tan distinto del de la antigua, esa costumbre ha recibido solemne consagracion por parte de las potencias signatarias del tratado de París, y ya el hecho de respetar la mercancía neutral protegida por pabellon enemigo, y la mercancía enemiga cubierta por bandera neutral, no hace sino obedecer aquel acuerdo: es un hecho segun derecho positivo.

No quisiera que esta distincion indujese á error. Porque, en rigor, todos son hechos de derecho absoluto ó esencial, en todos entran estos dos elementos: una relacion individual de derecho (la finalidad, el *qué*), y un plan de conducta (el procedimiento, el *cómo*); sólo que en el un caso, este plan, esta regla individual, para obrar el hecho, tiene que deducirla el actor directamente del derecho absoluto, inmanente en la conciencia; y en el otro caso, de una regla positiva, costumbre ó ley, dada con anterioridad al hecho. No sería, pues, lícito decir que, en el caso del «hecho de derecho positivo» (hecho segun ley, segun costumbre, segun contrato, etc.), existe una doble relacion, del derecho ideal á la regla positiva, de la regla positiva al hecho, y en el caso del «hecho de derecho natural ó absoluto,» una relacion única, del derecho natural ó equidad al hecho: la relacion es una sola siempre, y siempre directa,—del derecho natural al hecho,—establecida por el propio sujeto para quien es, sin otra diferencia sino que éste determina su actividad en la direccion que encuentra ya trazada, y que él acepta y hace propia, individualizándola, en el primer caso, y segun una direccion nueva que él originalmente se abre, por no existir otra ó no convenir á sus fines la existente, en el segundo. Así, por ejemplo, era uso general entre las naciones, ya ántes de este siglo, la extradicion de delincuentes: multitud de tratados han convertido en ley esa costumbre: un hecho de extradicion, concreta, individualiza, vivifica, hace práctica aquella regla general consuetudinaria, ó esas leyes contractuales, tambien generales. El primer hecho que encabezó la série y en quien primeramente encarnó la regla, no tuvo modelo práctico que imitar ni precedente que seguir; para producirlo, fué menester todo un proceso lógico reflexivo, ejecutar cuan-

tas funciones constituyen el acto del pensar, al efecto de inquirir en la conciencia la razon de aquella necesidad que por primera vez se sentia ó que por primera vez se trataba de satisfacer, y la forma práctica de llevarlo á cabo. Así pasó á ser hecho el principio absoluto de razon que informa las extradiciones, y que hoy constituye una institucion de derecho positivo. Mas adviértase que todo el proceso intelectual y toda la série de peticiones, comprobantes, rectificaciones, concesiones y mútuo acuerdo que fueron menester para realizar ese primer hecho, cuando no existia regla positiva, son tambien necesarios ahora que la hay, porque esta regla es, por decirlo así, teórica, no abraza los casos particulares sino en potencia; para cada uno hay que especificarla en un acuerdo, que es decir, en una ley individual, aplicable sólo al hecho que ha promovido la interpretacion y la aplicacion significada en ella. Un hecho de extradicion, ahora como ántes, hace efectivo el principio absoluto, ideal, de la extradicion; sólo que, ahora, existe una regla positiva que lo declara obligatorio, y señala medios y procedimiento para ejecutarlo: el tipo, el modelo, la regla individual para cada hecho, se sacaba ántes de la regla absoluta, natural, eterna, inmanente en nuestro espíritu; en la actualidad, de la regla positiva general (costumbre ó tratado), que es una traduccion viva de aquella regla eterna. Para el uno como para el otro hecho, el actor ha de erigirse en legislador, ha de dar regla, *ley individual*, á su actividad, sea que interprete é individualice la regla eterna que encuentra en su razon, sea que interprete é individualice la regla positiva dada para una série de relaciones particulares, cada una de las cuales supone una diferente apropiacion. A todo hecho segun ley ó segun costumbre, precede siempre un juicio individual de esa costumbre ó de esa ley, un cotejo prévio de ella con los principios de razon; y la consiguiente adhesion á ella por parte del sujeto actor; por donde el hecho, en última instancia, viene á ser siempre hecho de derecho natural, hecho de derecho absoluto. Y he aquí por qué, reaccionando el hecho sobre la regla positiva, influye poderosamente en su vida, promueve y ayuda su desarrollo, la trasforma, y en suma, la hace más po-

sitiva. De este principio dimana la doctrina de la «costumbre segun ley,» no ménos real y legítima que la «contra ley» y «fuera de ley,» segun en otra ocasion tendré lugar de notar.

Si, pues, todo hecho jurídico es una como concrecion temporal del derecho eterno, hecho y derecho han de ser de una misma naturaleza; el contenido del hecho ha de ser todo él jurídico; la materia, el fondo sustancial del derecho positivo, ha de ser todo derecho natural, y no ha de tener de más aquél sobre éste sino la forma, la limitacion cuantitativa, regulada por el estado histórico de cada hombre ó de cada pueblo, de cada momento ó de cada siglo; en una palabra, que el *jus-jussum*, el derecho actual, positivo,—reglas y hechos—ha de ser idéntico al *jus-jubendum*, al derecho ideal, absoluto, posible, eterno; si no coincidiesen, el supuesto derecho positivo no sería tal *jus*, sino *in-jus*, injuria, injusticia, (1). Repárese que tomo como sinónimos derecho positivo ó histórico, y hecho (*lato sensu*); que debajo de este mismo nombre, comprendo las leyes ó costumbres y los hechos causados por virtud de ellas, porque si, respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es regla ideal que los encierra todos dentro de sí por modo virtual,—enfrente del derecho racional y eterno, no es á su vez la ley sino como un hecho mayor. Por esto, ante los tribunales de una nacion, las leyes y costumbres estranjeras son consideradas como hechos, y cuando un litigante las invoca, tiene que probar su existencia en la forma misma que la de un hecho ordinario cualquiera (2). Por esto, se nos ofrece con tanta frecuencia el caso de que varios individuos ó naciones ejecuten simultáneamente un mismo é idéntico hecho, unos, sin otra pauta que la del derecho absoluto, por no existir disposicion ó regla positiva, ó serles ignorada; otros, segun ley, costumbre ó tratado, sin atender directamente al principio de equidad ó de derecho absoluto en que tal ley está basada. Por esto tam-

(1) No puedo hacer aquí sino apuntar esta relacion de identidad entre el derecho natural y el positivo ó histórico, sobre la cual andan aún tan discordes los filósofos y los jurisconsultos. He discutido este problema en *La Vida del Derecho*, §§ 14 y 15.

(2) Foelix, *Tratado de derecho internacional privado*, título preliminar, cap. III, § 18 Pinheiro-Ferreira, *Notas á Martens*, t. I, § 49.

bien, decimos que un hecho infringe la regla positiva, en cuanto esa regla es en su fondo de derecho natural ó absoluto, y se acomoda á las condiciones históricas de la sociedad ó del indivíduo sobre quienes impera, porque entónces, al infringir la ley, niega y conculca juntamente la eterna razon que la funda y sustenta: si la ley positiva es injusta ó contraria á ese derecho eterno, no puede ser justo el hecho sino desviándose de ella, produciéndose como hecho contra ley: si es injusto el hecho, la ley no puede ser justa sino desconociéndolo y provocando su rectificacion. Y hé aquí la raíz de una doble doctrina á que no suele concederse la debida importancia, y que trataremos en otro lugar, á saber: 1° eficacia de la «costumbre contra ley;» legitimidad del «incumplimiento» y del «desuso:» 2° cultivo y correccion de la costumbre. Por supuesto, no ha de confundirse el hecho en que se niega el derecho, el hecho injusto, con los efectos que nacen de su consumacion: un hecho de incesto, por ejemplo, ó de poligamia, es, entre nosotros, hecho contra derecho y contra ley, y la ley lo prohibe, y lo persigue, y lo anula; pero hay países donde una ley antijurídica, injusta, pero arraigada en las entrañas de la sociedad, lo autoriza y legitima á título de matrimonio, y si consumado bajo el imperio de tales circunstancias, hubiera de hacer valer sus efectos ante los tribunales de justicia de nuestro país, no sería á estos lícito el desconocerlos y anularlos, por más que no prestasen su sancion al hecho mismo, considerado en su raíz, rindiendo acatamiento á la inmoral teoría del hecho consumado.

Una observacion para terminar. El fin supremo de todo sér es *vivificar su esencia*, ó hablando en el estilo categórico de los filósofos, hacer actual su virtualidad, lo que el sér mismo es en potencia, hacer efectivas su facultades, lo que él es como factible, hacer sensible, temporal, lo suprasensible y eterno que lo constituye;—en el lenguaje figurado de la poesía, diríamos que el fin de los séres es vivir, y vivir un sér es definir su naturaleza, encarnar, dar un cuerpo, hacer palpable, visible, la impalpable é invisible esencia que constituye nuestro sér, compuesta de puras ideas sustanciales, traducirlas al ex-

terior, cristalizarlas en el tiempo, desplegar todo ese contenido en rica eflorescencia de obras de arte, de actos de virtud, de leyes, de verdades y doctrinas científicas, de productos industriales. Segun acabamos de ver, esa encarnacion de las esencias constitutivas del sér, se efectúa mediante hechos: los hechos ó estados del sér son la esencia misma vivificada, la esencia *hecha*, positiva, realizada (hecha real). Por consecuencia de esto, habrá que considerar en todo hecho un doble aspecto, sustantivo y expresivo:—primero, con relacion á un fin racional, será el hecho la cristalizacion, la realizacion de una esencia, ó de otro modo, el cumplimiento de ese fin, ya que por «fin» entendemos aquello que ha de ser hecho, esto es, nuestras propias esencias, eso mismo que somos y que en la vida vamos realizando:—segundo, con relacion á un estado interior del sér, es signo material que lo da á conocer, segun discretamente lo declaran multitud de populares adagios: por los frutos se conoce el árbol; las obras dicen quien es cada uno; y otros. Es, pues, el hecho un medio práctico, y á la vez un medio docente: un medio de cumplir el sér sus fines, y un medio de significarlos en la convivencia social. En el primer sentido, el hecho tiene propio valor y sustantividad: en el segundo, es signo con que reconocemos un estado histórico de la conciencia individual ó social, sus necesidades, sus aspiraciones, y la regla consuetudinaria que crea para acudir á ellas. Esta propiedad del hecho hace posible, de un lado, el arte de la legislacion, y de otro, la ciencia del derecho consuetudinario.

Así conocido el hecho en su unidad, analicemos sus elementos constitutivos y los elementos de su vida:

a) Su materia (*derecho*).

b) La actividad jurídica que la informa (*sujeto*).

c) Su realizacion, ó sea, la accion del sujeto activo sobre la materia jurídica.

CAPITULO PRIMERO.

EL DERECHO.

2. La etimología del vocablo Derecho no declara la naturaleza de éste.—Si consultamos al sentido comun de nuestro pueblo acerca del significado de la palabra *derecho*, nos contestará metafóricamente por una contraposicion de la palabra *tuerto* ó torcido, dándonos á entender que, para él, la justicia es aquello que se dirige á un fin, é injusticia lo que se desvía de él. Late este pensamiento en multitud de adagios populares, cuyo mecanismo no reconoce otro fundamento que la antítesis de aquellos dos vocablos: *Derecho* apurado, *tuerto* atornado (Summum jus, summa injuria): Con estos *derechos*, nacen los cohombros *retuertos*: Quien da parte de sus cohechos, de sus *tuertos* hace *derechos*: Siete hermanos en un concejo, á las veces juzgan *tuerto*, á las veces *derecho*: El leño *tuerto*, con fuego se hace *derecho*: A las veces, con *tuerto* hace el hombre *derecho*: Con un poco de *tuerto*, llega el hombre á su *derecho*: A *torto* e a *direito*, nossa casa ate ao tecto,—ó como dice el eúskaro: *arrel zarret*, gura echea goradec. En igual forma de expresion, refléjase ese mismo concepto en la epopeya popular de los españoles: A *derecho* nos valed, á ningun *tuerto* no (poema de «Mio Cid», v. 3577): Que reciba *derecho* de ynfantes de Carrion,—Grand *tuerto* le han tenido, sabémoslo todos nos..... Todos meted y mientes, ca sodes conoscedores,—Por escoger el *derecho*, ca *tuerto* non mando yo (Ibid., v. 3144,

3149.) Y palpita, de igual modo que en las lenguas peninsulares, en las demás aryas: *diritto-torto*, *droit-tort*, *right-wrong*, etcétera, significando, no sólo lo justo y lo injusto, sino tambien lo verdadero y lo falso, lo racional y lo irracional.

Es caso original, y que muestra cómo se desarrollan paralelamente, y recíprocamente se influyen el pensamiento y el lenguaje, la ciencia y el saber comun, ver acogido ese concepto que brotó de una etimología elementalísima, por científicos de tanta nota como Ahrens, R. Conforti y Pictet, que lo trasladaron á sus obras casi sin discutirlo. «Si consultamos las lenguas de los pueblos civilizados (dice el primero), en las cuales, las nociones relativas á la vida suelen expresarse bajo un aspecto culminante, vemos que la palabra *derecho* significa generalmente la *direccion* de una accion ó de una cosa hácia un objeto determinado... Derecho es lo que va directamente al fin. El genio de los pueblos que han adoptado esta palabra, ha querido evidentemente indicar con ella, que lo que es derecho ó justo está en las relaciones más inmediatas y convenientes con los séres ú objetos sobre que versa; que una accion es justa cuando es adecuada á toda la situacion de un sér, que es una condicion de su existencia ó de su desarrollo, y acaso, al mismo tiempo, que lo que es derecho debe hacerse sin más consideracion que la de la cosa misma, ó que una accion, para ser conforme á la justicia, debe dirigirse inmediatamente á su objeto, como la línea recta, que es el camino más corto de un punto á otro (1).» «Con estas palabras, dice el segundo, las lenguas modernas quieren referir la justicia á un orígen racional y anterior á las leyes positivas, toda vez que *rectum* expresa lo que va derechamente al fin, lo que debe hacerse sin otra consideracion que la de la cosa misma (2).» «En las lenguas aryas, dice el tercero, como en otras muchas, las nociones de justicia y verdad se enlazan á la de rectitud, considerándose la línea recta como símbolo del bien (3).»

---

(1) *Curso de derecho natural*, § 15, ed. española de Rodriguez Hortelano y Asensi, pág. 88.

(2) Notas á la *Historia de la Filosofía del Derecho*, de Stahl, ed. italiana.

(3) *Los orígenes indo-europeos*, 2ª ed. francesa, 1875.

Nada de esto es exacto: no alambicaron tanto los concepto,s para crear las palabras, los pueblos que primeramente usaron la que estamos ahora analizando. Etimológicamente considerado, expresa el derecho una *relacion* exterior, una relacion social, cual es la de *gobierno*. No se dejó prender, como Ahrens, en el lazo de la etimología popular, el autor del título preliminar del Fuero Juzgo, cuando escribió en la ley 7ª lo siguiente: «*Reges a regendo* vocati vunt... *Recté* faciendo, *regis* nomen benigne tenetur... unde et apud veteres tale erat proverbium: *rex* eris si *recté* facis; si autem non facis, non eris.»—Mucho ántes de la dispersion, la familia arya era nómade, y su principal y casi única riqueza, el ganado. Poseia su vocabulario, en comun con el semítico, una raíz antiquísima, RJ, que en sus orígenes hubo de significar «*guiar*, conducir, llevar hácia adelante el ganado, ó ir delante del ganado.» Por una traslacion de sentido, por demás llana y óbvia, el vocablo que servia para denotar la idea de guiar ó dirigir el ganado, hubo de aplicarse á significar la idea de guiar ó gobernar una familia ó una tríbu, ir delante, ser el primero. Así es como en todas las lenguas semíticas encontramos aquella raíz especificada en dos vocablos principales, uno que significa «apacentar» *(ra'há)*, y otro que significa «rey» *(ro'hé)*; así tambien, en las lenguas aryas, esa misma raíz se explaya en dilatada familia de dicciones que giran en derredor de esas mismas ideas: ser el primero; caminar delante, en direccion recta, y por extension, caminar; regir ó dirigir, ser príncipe ó jefe; derecho; rectitud. La aproximacion de ideas que estos diferentes significados envuelven (apacentar-reinar; caminar-dirigir; primero-rey; rectitud-derecho), se hace notar en otras muchas raíces de las lenguas aryas, y viene á corroborar la que en hipótesis atribuimos á la raíz *rj*. Así, en griego, una misma palabra significa pasto y ley (1); y todavía Homero aplica al rey este pintoresco calificativo: «ποιμήν λαῶν, pastor de pueblos.» En islandés, es idéntica

(1) Del verbo νεμω, usado por Homero en sentido de apacentar, distribuir, dispensar, salen: νομός, pasto, prado, distrito; νόμος, porcion ó propiedad que se posee en virtud de una distribucion; uso, costumbre, ley; νομεός, pastor (de donde nómades, númidas, etc.).

la raíz de redil y de derecho (1). En breton ó armoricano, una misma raíz denota la idea de enfrente, todo derecho, y ley ó costumbre jurídica: el welsh y el irlandés, poseen una misma raíz que, en aquél, significa marchar, y en éste, derecho (2). En sanscrito védico, las dos ideas de carrera y de ley se juntan en un comun vocablo (3). Otra diccion griega vale como principio, caminar, y como principado, imperio (4). Una raíz sanscrita, gótica y céltica denota ir delante, y señor ó soberano (5). En eúskaro, en persa y en germano, se expresa la idea de jefe, rey, por medio de una raíz que subsiste en sanscrit con valor de caminar, ir, carrera, uso, y en cymrico con el de derecho y justicia (6).

---

(1) *Rett*, redil público, *rettr*, justo.

(2) En breton, *rag*, significa enfrente, de donde *raktal* y *ragenep*, directamente, todo derecho; *reiz* y *reic'h*, derecho, ley; *rhy*, príncipe, rico, poderoso.—El welsh *kert*, breton *kerz*, significan caminar, marchar; en irlandés, *ceart*, es justo, bueno; *ceartas*, justicia, equidad, derecho, y tambien *coire*, *coiraid*, *coireach*, justicia, justo, antiguamente *coru*, más justo. De aquí, tomó acaso nombre nuestro rio *Coura*, cuya corriente hubo de servir de ordalia en el procedimiento judicial de los lusitanos, segun permite conjeturarlo el monumento que le erigieron en Lamas de Moledo los Jueces ó Magistrados de Cailóbrica. La ordalia ó prueba por inmersion en agua fria, parece haber estado en uso entre los primitivos Aryos; pues se la encuentra así en el Código de Manú como en los Códigos europeos de la Edad Media.

(3) El sanscrito *evâ*, carrera, en plural, usos, costumbres. En idéntico caso está *yâna*, tambien sanscrito, que significa marcha ó carrera (de *yâ*, ir), y al mismo tiempo, costumbre, uso.

(4) Ἀρχή, principio, lo que va delante; principado, imperio, honor; ἄρχω, soy principio y orígen, principiar; ἄρχομαι, caminar, principiar; ὀρέγομαι, adelantarse; palabras de estirpe idéntica á la de ἀρχός, rey, etc.

(5) La raíz sanscrita *pur*, ir delante; *purâ*, delante; *pûrva*, anterior; gótico *faur faura*; aleman antiguo, *furi*, delante; zend, *paourvya*, primero. De aquí el sanscrito, *puri*, rey, soberano; *puraêtar* (prae-itor) jefe; escandinavo, *fru*; gótico, *frauja*, señor; latin, *procer*; cymrico, *por*, soberano, señor; celto-hispano, *porc* ó *porj*, con el artículo pospositivo, *porc-om* (cf., *ric-om*), que se lee en la inscripcion de Lamas citada (Hübner, *Corpus inscript. Hisp lat.*, n. 416), de donde el *prozom*, provenzal, el *prozdom* y *produm* de la Cancion de Roland, el *prohom*, catalan, convertidos más tarde, por vía de asimilacion, dado ya al olvido el significado primordial, en *prudhomme* y *prohombre*, como en la Edad Media, al latinizarlo, en *probus homo*, de donde pasó á ser *bonus homo*. En la inscripcion lusitana está por Magistrado, pero se añade un calificativo determinante: *porcom-joucas*, príncipe de la justicia; son los *bréhon* de Irlanda, que en la Edad Media escribieron el antiguo derecho céltico, que se conservaba únicamente en la tradicion oral, formando la coleccion llamada *Brehon-law*: son nuestros *bonos homines*, ó sea, los *prohomios*, los Jueces populares de las behetrias, que, en los primeros siglos de la Reconquista, recogieron en los fueros las tradiciones jurídicas de los celto-hispanos.

(6) Euskaro, *jauna*; persa, *khan*; aleman, *könig*; inglés, *king*, etc.; son vocablos á

Volviendo á la raíz aryo-semítica RJ, y descartando de ella las ideas materiales (direccion recta ó al frente; caminar; apacentar), para fijarnos tan sólo en las ideas morales que en ella se envuelven, la vemos bifurcarse en dos conceptos cardinales: 1º el concepto de jefe, rey, juez, el que dirige, el que dice el derecho: 2º el concepto de órden, regla, ley, juicio costumbre. En la primera acepcion, la raíz se mantiene formalmente una en todas las lenguas derivadas de la matriz arya: Sanscrito *râj*, *râjá*; *râgam*, rey, *râgnî*, reina, *râgya*, reino; Zend, *rju*, regir; Griego, ἀ-ρχός, ἄ-ρχου, ἀ-ρχάγε, príncipe, jefe, rey; Latin, *rex*, *regina*, *regnum*; Irlandés antíguo, *ri*, *rig*, moderno *righ*, *riogh*, rey, *raicneach*, reina; Cymrico, *rhy*, *rhuy*, jefe; Galo y celto-hispánico, *rix* y *rig* (1); Croata y albanés (lengua chkipa), *rigæ*; Gótico y germánico, *reiks*, jefe, *rîchi*, rico, poderoso, reino; Escandinavo *rîkr*, *rîki*; Anglo-sajon, *rîc*, *rîci*; Aleman moderno *richter*, juez; Lenguas románicas, *rey*, *regidor*, *ré*, *roi*, *reine*, etc., de procedencia latina, y *ric-om* (el jefe ó príncipe), más tarde convertido, por un error de etimología, en «rico ome» y «rich homme,» de procedencia céltica.

En su segunda acepcion, la primitiva raiz RJ ha revestido dos formas, principalmente:—1ª zendo-ibérica: Zend *eres ó erez*, derecho, justo, *aretha*, lo que va derecho, justicia (cf. ἀρετη); Eúskaro, *arret*, lo no torcido, regla, ley, *arteza*, dirigir; el Erse é irlandés *c-eart*, derecho, ¿se refiere á este tipo, ó más bien al sanscrito *krtya*?—2ª indo europea; Sanscrito, *rgûta*, rectitud, honradez, *rgûyu*, honrado; Zend, *raza*, regla; persa moderno, *rastah*, regla, costumbre, *râstî*, justicia, *ragah*, órden; Griego, ὀ-ρεκτός, rectus, ὀ-ρέγω, porrigere; Latin *rectum*, *directum*, *regula*, *rectio*; Céltico, breton *reiz*, *reic'h*; irlandés antíguo, *rect*, moderno *reacht*, ley; cymrico *rhaith*, derecho,

---

todas luces emparentados con una raiz sanscrita citada anteriormente, *yá*, caminar, de donde *yâna*, carrera, y uso ó costumbre; y con los cymricos, *iawn*, derecho, justo, equitativo; *iawnder*, justicia, etc.

(1) Sirvan de ejemplo los nombres propios *Dubno-rix*, *Dumno-rix*, *Vercingeto-rix*, y tantos otros de idéntica terminacion que se leen en J. César, y el *Ammune-rigio*, que figura en una lápida hispana, hallada en Calderuela, á cuatro leguas de Soria (Hübner, *ob. cit.*, n. 2834). Cf. la terminacion visigótica de *Teodo-rico*, *Eu-rico*, *Ala-rico*, etc.; germánica, *Chilpe-rich*, *Hein-rich*, *Fried-rich*, etc.

ley; Germánico, islandés, *rettr*, meso-gótico *raihts*, anglo-sajon *riht*, inglés *right*, alto-aleman ant. *reht*, moderno *recht*, dinamarqués *ret;* Románicas, *derecho*, *direito*, *dritto*, *droit*, *dret*.

Estas últimas formas solicitan nuestra atencion, por un doble motivo: 1° Las lenguas neo-latinas desecharon, ó poco ménos, la palabra por excelencia nacional de los romanos, *jus*. 2° En cambio, gustaron de otra que usó raras veces Roma como equivalente de justicia, *rectum*, dándole un giro diverso, no desconocido del todo en la literatura latina, *directum* (*g*). La adopcion de *rectum* se explica perfectamente por lo que precede: esa palabra no era tan exótica como el nombre *jus* á las naciones subyugadas á Roma ó á la cultura romana, pues formaba parte de los diccionarios germánicos y célticos, y habia cobrado en ellos la misma fuerza y determinacion que la palabra *jus* en el Diccionario latino. No es tan fácil explicar la adicion del prefijo *di* en las lenguas neo-latinas, pues no acabo de persuadirme que la palabra *derecho* haya brotado tan expeditamente del participio *directum*, sin que nada nos dé razon de ese fenómeno. Hay en las lenguas aryas dos raíces, DH y DHR con significacion de estabilidad, firmeza, establecimiento, de donde se han originado en sanscrito *dhârâ*, costumbre, uso, *dha* y *dharma*, ley, justicia, órden, moralidad; en zend *dâo* y *dâta*, persa *dâd*, lo establecido; en griego, θέμις y θέσμος, ley, derecho, justicia; lituanio, *deréti* (deru), obligacion; en irlandés antiguo, *dir*, moderno, *dior*, justo, ley; en cymrico *dir*, certidumbre, verdadero, necesario. Ahora bien; ¿sería costumbre aglutinar una á otra las dos raíces, como se observa en multitud de sinónimos de la justicia, v. gr., en el sanscrito *pra-deça*, institucion; en el zend *fra-diç*, ordenar;

(*g*) Hé aqui algunos ejemplos: «Populum romanum neque *rectè* neque pro bono facturum, si ab jure gentium sese prohibuerit (Sall., *Bell. jugurt.*, 25): *Rectè* ac merito sociorum innocentiam miseria conmovebamur (Cic., *in Verr.*, 2, 7): Non *rectè* vinctus est (Terentio, *Andr.*, 5, 4): Mens *recta* conscii (Ovid., *Fast.*, 4, 311): Phoenices eo *directius* gubernant (Cic., *Acad.*, 4, 20): *Directò* agere cum aliquo (Paulo, *Digesto*, 9, 4, 23): Nec refert *directa* quis an utili *actione* agat (Ibid., 3, 5, 46).» La poca frecuencia de su uso, la falta de cultivo, fué causa de que no llegara á despojarse de su pristina vaguedad, y á concretarse su significado jurídico. Cuán indefinido haya sido el uso de este vocablo en Roma, pruébalo más y más el texto siguiente: «*Rectum* est quod cum virtute et officio fit; id dividitur in prudentiam, justiam, fortitudinem, modestiam... (*Auct. ad Herenn.*, 3, 2).»

en el meso-gótico de Ulfilas *ga-raihts*, lo recto; en el aleman moderno *gericht,* juicio, tribunal, y en el mismo celto-irlandés *diorach*, *direach*, justo, legal, vocablo compuesto, á mi entender, de *dir* y *rech*? En tal caso, se explicaria la adopcion de *directum* en lugar de *rectum,* por las mismas razones que dieron preferencia á *rectum* sobre *jus*.

Hemos sorprendido en el instante de su formacion al vocablo *derecho*, y sin embargo, nada hemos descubierto acerca de su naturaleza. El derecho es un principio de gobierno, de direccion; ¿pero en virtud de qué, dirige y gobierna el derecho? El problema ha mudado de forma, pero no se ha resuelto. Todavía ménos explícita que la raíz *rj*, es la de *dhr*, que entra acaso en composicion con ella para formar la de *derecho*. ¿Serán, por ventura, más signifieativos los nombres que recibió de los pueblos helénicos y latinos la categoría moral de la justicia? De la raíz δικ se derivaron los vocablos griegos δίκη, derecho, δίκησις, juicio, δικαστής, juez, etc.: el sentido originario de esta raíz lo patentizan multitud de verbos, griego δείκνυμι, mostrar, sanscrito *diç,* indicar, ordenar (de donde *diç*, precepto, *deça*, ordenanza, institucion); gótico *teihan*, indicar, anunciar (de donde el anglo-sajon *tihian*, juzgar, estatuir, *tihte*, acusacion); latin *in-dicare* (cf., ju-dicare, ju-dex, digitus, etc.); irlandés *dítim* (por *dictim*), acusar, condenar. El nombre histórico de la justicia en Grecia, significa, pues, lo que dirige, lo que muestra el camino, lo que dice aquello que se ha de hacer: tampoco penetra en su naturaleza; lo designa por uno de sus efectos, comun á la religion, á la ética y á la ciencia (1). ¿Y el nombre latino *jus*? Son innumerables las afinidades, parentescos y relaciones que le han señalado los jurisconsultos en el diccionario del pueblo-rey: ya le buscaron abolengo en el verbo *juvare*, ya lo hicieron fraternizar con *jugum*, ya re-

(1) Acaso responde á esta misma idea la voz ῥήτρα, discurso, opinion, palabra y ley, articulo de una ley ó de un tratado, convencion, etc., v. gr. εὔθεται ῥῆτραι, sabia constitucion, que se lee en Tirteo; αἱ Λυκουργου ῥῆτρα, las leyes de Licurgo, etc. Es dificil adivinar si ha de referirse esta palabra á la raiz arya *rj* (*rāj*, *rectum*, etc), suprimida la gutural y alargada la vocal que le antecede, como parece haber sucedido en el zéndico *rátu,* razon, jeie.

montaron su orígen á *Jovis* y Iowah ó Jehovah, como Vico, ya lo aproximaron á *jubere* y á *jussum*, partiendo ingeniosamente, como hizo el insigne F. Suarez, esta última palabra, para obligarlo á confesar *Jus sum* (1). Kuhn y Pictet han puesto su vasto saber al servicio de este problema, y creido hallar que *jus* podria referirse á la salutacion védica *yôs (çam ys!)*, reposo, salud, porque, á su juicio, son afines la ideas de derecho y de salud. No pienso que sea esa la procedencia del vocablo latino, ni me parece difícil adivinar su verdadero entronque: tanto *jus*, como *jungere*, *jugum*, *jubere*, *jussum*, *juxta* y otros vocablos latinos, como el sanscrito *yu=yuñg*, enlazar, unir; el breton *gwir*, derecho, equidad, y *gwirion*, justo, equitativo, libertades; el adjetivo irlandés *uisse*, justo, *uissiu*, más justo, y acaso el celto-lusitano *ueas* ó *joueas* (2), reconocen un ascendiente comun en una raíz arya, que vale tanto como lazo, ligámen, lo que une, y la union misma. Los romanos gustaban de aproximar las dos nociones *jura* y *jussa*, y alguna vez usaron como sinónimos esos dos vocablos, ó formaron con ellos una tautonomia jurídica, v. gr.: *jura et jussa* populorum..; qui perniciosa et injusta populis *jussa* descripserint (Cic., *De legibus*, lib. II, II, 5). Como los demás nombres, atiénese el presente á uno solo de los efectos materiales del derecho, pero nada nos enseña respecto de su naturaleza esencial. Abandonemos ya el campo de las etimologías, y en vez de preguntar á la historia el significado del *vocablo* Derecho, investiguemos y analicemos la naturaleza del *concepto* Derecho en la razon.

Dos distintas naturalezas ha revestido esta nocion en el concepto popular: 1° Como principio de coaccion, diferenciado del órden puramente ético por el símbolo de la espa-

---

(1) En su *Tractatus de legibus*. En igual error ha incidido recientemente un filólogo de nota, (Seb. Zehetmayr., *Lexicon latino-sanscritum comparativum*, 1873, v.° *jus*. Dice: jusso=jus-so, jus-eso (as-mi=s-um).

(2) Léese ese vocablo en la inscripcion citada de Lamas de Moledo (Portugal), la cual dice asi: «*Rufin et Tiro scripserunt. Leamni Cori doenti Anucom Lamaticon Crouceai macareui coi Petranio et Adom* PORCOMIOVEAS *caeilobricoi.*» Léase *porcom-joueas* ó *porcomio-ueas*, ha de significar esa palabra Magistrado, Juez; literalmente, «jefe ó príncipe de la justicia.»

da: 2º Como principio de reciprocidad, de «facio ut facias,» de «idem per idem,» simbolizado en la balanza. Discutamos estos dos aspectos.

3. El derecho es un órden de libertad: la coaccion no es derecho.—«La paz, dice Ihering, es el fin del derecho; el combate es el medio de alcanzarla. Este combate durará tanto como el mundo. La lucha no es elemento extraño al derecho, sino parte integrante de su naturaleza, aún más, condicion esencial de la idea jurídica. Todos esos principios de derecho que hoy están en vigor, en su orígen fué menester imponerlos por medio de la fuerza á aquellos que los rechazaban. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; por esto, la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, empuña con la otra la espada para hacerla valer. La espada sin la balanza, es la fuerza brutal: la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia. Así como la propiedad nace del trabajo, el derecho nace de la lucha. El elemento de la lucha y del combate es una parte integrante é inseparable de su naturaleza. El combate es el trabajo eterno del derecho. El combate es para el derecho lo que el trabajo para la propiedad» (1).

Pasemos por alto la inseguridad y falta de consecuencia que se echa de ver en esta dogmática exposicion, que no razonamiento, donde la fuerza es alternativamente uno de los *elementos* constitutivos del derecho, la idea madre, la potencia generadora, de quien es el derecho una *resultante* necesaria, y por último, una categoría ajena al derecho, pero *auxiliar* obligado para su realizacion. Siempre resulta, segun ese criterio, que la coaccion es nota esencial, sin la cual no se concibe el derecho. Si se repasa con cuidado una por una las concepciones reinantes en el campo de la filosofía del derecho, desde Kant y Hegel hasta Conte y Savigny, desde Fichte y Bentham hasta Taparelli y Stahl, se advertirá que en ninguna de ellas acierta á desprenderse el derecho de ese tosco ele-

(1) *Le combat pour le droit*, por Rod. d'Ihering. traduccion de Meydieu, 1875.

mento material, de esa corteza informe que le agregó el pensamiento de los hombres primitivos, llevados de meras impresiones exteriores, arrastrados por el espectáculo de una realidad impura, donde más parecia regir la fuerza al derecho que el derecho á la fuerza. Ni el idealismo de Tiberghien se recata de usar un lenguaje que corre parejas con el de Ihering, señalando una esfera, la esfera de la moral, enteramente abandonada á la libertad y á la simple sancion de la conciencia; y otra esfera, la esfera del derecho, á la cual alcanza la coaccion y la sancion exterior penal. El mismo Ahrens, que tan briosamente pugna por desasirse de las ligaduras de la tradicion, y arrancar el órden del derecho al imperio de la fuerza, no logra hurtarse del todo al influjo despótico que en todo tiempo ejerce sobre la ciencia el pensar comun, fuerte con el voto de los siglos, y admite todavía actos jurídicos independientes de la buena ó de la mala intencion, actos jurídicos no libres, ajenos á la voluntad. Estamos estudiando el derecho como contenido del hecho jurídico: si pruebo que existe un solo hecho jurídico en cuya ejecucion no interviene la fuerza ni hipotéticamente siquiera, habrá que renunciar á estimarla como categoría del derecho, áun cuando se aduzcan otros hechos jurídicos donde desempeñe cierto papel la coaccion; porque tambien existen actos morales coercibles, y no por eso nos tentamos á declarar la ética del dominio de la coaccion, ni á identificar la fuerza con la moral, ni siquiera á reconocerla como uno de sus factores. Dejemos á un lado la especulacion, y tomemos por guía la experiencia.

Y ya sin salir de nosotros mismos, nos encontramos con todo ese mundo del derecho individual inmanente, que en vano se quiere confundir con el órden de la moral, y de que nosotros, y nadie más que nosotros, somos soberanos y dueños; nosotros los únicos responsables, pero tambien los únicos jueces. La coaccion exterior es impotente para llegar hasta allí. Traduce el indivíduo ese derecho en hechos libremente, espontáneamente, por pura devocion á la justicia, sin otra excitacion que los interiores llamamientos y solicitaciones del deber. Que trate de intervenir la fuerza, y su efecto será con-

traproducente: la dignidad personal se rebela, y el acto que el sujeto hubiese ejecutado libre, se niega á ejecutarlo bajo el imperio de una amenaza. Era por los dias de Trajano: el ilustre jurisconsulto Plinio, sobrino del naturalista, habia heredado, junto con Sabino, una cuantiosa herencia: la testadora habia hecho una manda á un esclavo suyo, en esta forma: «lego á Modesto, á quien ya hice libre:» equivocábase en esto último la testadora, y los herederos podian dispensarse ante la ley de cumplir esa cláusula, negando á Modesto la libertad, porque la cláusula no se la daba, y el legado, porque los siervos estaban incapacitados para adquirir de su amo cosa alguna, mientras durase la esclavitud. «Pero, dice Plinio á su coheredero, hemos de presumir que la testadora padeció un error; no es difícil adivinar cuál fué su intencion, y no debemos titubear en hacer lo que creyó escribir, como si efectivamente lo hubiese escrito. Siendo posible columbrar la voluntad de la finada, ella hace veces de ley para herederos justos y hombres de bien. Lo justo (la honradez) ha de ejercer en nosotros igual eficacia que en otros la fuerza: *neque enim apud nos honestas quam apud alios necessitas valet* (1).» No cabe hecho más puro de todo elemento de coaccion que éste; ¿y deja por eso de ser hecho jurídico? Para Plinio, la justicia era muy otra cosa que la fuerza.—Inviértase ahora la relacion: sea una persona que se compromete á ejecutar un servicio, pintar un cuadro, escribir un libro, proteger á un desvalido, contraer un matrimonio con determinada mujer: pues bien, si ese hombre mantiene su palabra y cumple su compromiso, será efecto no más de su voluntad, y no sería capaz Ihering de descubrir en el hecho un átomo de coaccion: si, por el contrario, se resiste á ejecutarlo, ni Maquiavello, ni Hobbes, ni Kant, ni Ihering, ni Conte juntos, asistidos por todos los ejércitos de la tierra, tendrían poder para conseguir que ese hombre prestase el servicio pactado. La ley que declara ejecutivos y obligatorios los contratos entre particulares, quedaria incumplimentada, y su fuerza se ejercitaria en conseguir un efecto puramente mate-

(1) Plinio, *Epist.*, libro IV, ep. 10.

rial y económico, lo que se llama una indemnizacion.—A las veces, ni áun estos efectos puede lograr la ley. Era Mauricio jefe de la legion tebana, en tiempo del emperador Maximino: estando en Octodurum, dispuso el emperador que el ejército hiciese sacrificios á los dioses de Roma: Mauricio desoye el precepto, porque es cristiano; se le amenaza, se diezma á sus legionarios, creyendo intimidarle, vé morir impasible á todos sus compañeros, pero no cede un átomo de la integridad de su derecho, y la omnipotencia del emperador se estrella ante la firmeza de un centurion que defiende pasivamente el derecho inviolable de su conciencia, con el mismo heróico valor con que ántes habia defendido la patria. «Como soldados, César, te pertenecemos, y hemos tomado las armas en defensa de la República... Nuestros cuerpos está en poder tuyo, *pero no tienes el menor imperio en nuestras almas*, que pertenecen á su criador.» Hé aquí un hecho obrado, no sólo sin el ministerio de la fuerza, sino á pesar de la fuerza misma. Y ese derecho tiene, como el anterior, un aspecto jurídico.

Del derecho individual, pasemos al derecho social.

Efecto de las mudanzas que incesantemente se obran en el seno de las colectividades, acontece á menudo crearse un estado de derecho enfrente de otro estado: uno de los dos es consuetudinario, libre enteramente; el otro, legal, protegido y amparado por la fuerza: y sin embargo, el inmenso poder de inercia del primero supera al poder activo del segundo, y lo fatiga y lo vence. Pondremos algun ejemplo. En las Provincias Vascongadas, disfrutan los colonos una especie de co-propiedad en las tierras que cultivan, y los caseríos se trasmiten de padres á hijos: esa co-propiedad no tiene otra ni más garantía que la de la costumbre; la fuerza de la ley se pondría al lado del dueño, si el dueño la invocase para lanzar de sus tierras al colono; mas la opinion consideraría el hecho como un atentado, como una infraccion de derecho, y la castigaría con pena tan ruda y severa, aunque moral, que á nadie acomete la tentacion de alterar ese estado de cosas, más fuerte que la fuerza.—Tampoco tiene otro fundamento que la costumbre, aquella manera de dominio pleno que se atribuyen

los foreros de Galicia en las tierras acensuadas: el derecho escrito amparaba á los foristas ó señores del dominio directo; ¿por qué, si el derecho tiene su raíz en la coaccion, se declaró impotente la ley en 1763 (acordada de 10 de Mayo) para proteger á los señores directos que pedian la renovacion de los contratos, no obstante contar con armada y ejército, y, para dar largas al asunto, mandó á la Audiencia de Galicia que no diese curso á sus demandas?—Un ejemplo de otro órden nos suministra el Derecho consuetudinario del Alto Aragon. Ya en la capitulacion matrimonial, disponen los contrayentes que uno de los hijos que les nazcan de aquella union, ha de ser heredero universal de sus bienes, y que si fallecen ántes de haber hecho la designacion, la hagan en su nombre los más próximos parientes de una y otra parte, en número de dos, tres ó cuatro, en union con el Párroco, el Alcalde ó el Juez municipal. Ninguna ley foral ni comun les garantiza de que, á pesar de esto, no morirán intestados, porque el cargo que se confía á esas personas, es de voluntaria aceptacion; al contrario, la ley les amenaza con dividir la herencia en tantas porciones iguales como hijos, que es precisamente lo que á todo trance tratan de evitar. Y sin embargo, tanto al firmar el estatuto doméstico como al morir, tienen la certidumbre de que ni los parientes ni el Magistrado popular, faltarán á ese compromiso que se les impone sin haber explorado ántes su voluntad. ¿Dónde, en ese hecho jurídico, se descubre el elemento de la coaccion? Esas personas son libres de responder ó de no responder al encargo que dejaron escrito los finados: su interés ha de inclinarles á la negativa, porque es funcion esa que ocasiona gastos y molestias, por hallarse tan derramada la poblacion por las montañas; y sin embargo, nunca faltan: ¿qué fuerza les impulsa, que no sea la virtud propia del derecho que habla á su conciencia, ó el poder de la costumbre que traba su voluntad?—La historia de Roma nos suministra numerosos ejemplos de este mismo fenómeno. Cuando la fuerza, representada por la ley, tenia á los esclavos en calidad de cosas, y los abandonaba al arbitrio de su amo, tratábalos el amo como hombres, y su condicion era llevadera: cuando mudaron las

costumbres, y la ley, asistida por la fuerza, tendió su protectora mano á los esclavos, reconociéndolos por hombres, y poniéndose entre ellos y el dueño brutal que los trataba como cosas, entónces fué dura su suerte, y conmovieron la república terribles alzamientos. Otro tanto debe decirse respecto al lugar que ocupó la mujer en la familia.—Puestas en oposicion la costumbre y la fuerza, triunfó siempre la primera de la segunda. Desde principios del siglo IV, la ley autorizaba á todo romano para renegar de los dioses clásicos y abrazarse á la fé cristiana: la fuerza del imperio amparaba su libertad; pero si el emperador era ya cristiano, la sociedad no lo era todavía, y la costumbre social, aunque injusta, como entónces lo era, posee medios morales más poderosos que la fuerza puramente material de los gobernantes para véngarse del indivíduo que osa romper con ella, y acaso para recobrarlo: senador romano hubo que, no sintiéndose con el valor heróico de Poncio Paulino para arrostrar aquella sorda conjuracion de la sociedad que lo escupia de su seno como á cuerpo extraño, y lo perseguia fieramente con la doble arma del halago y del desprecio, y laceraba su alma con tormentos más agudos que los que relatan las actas de los mártires, se restituia vencido al culto de sus padres. Ochenta años después de la conversion de Constantino y del edicto de Milan, la ley era impotente para proteger á un hombre que, por obedecer el imperativo de su conciencia, se desviaba de la corriente social. Por todas partes parece que la realidad se complace en desacreditar la doctrina que estoy impugnando.

Tenemos, pues, que la mitad del derecho por lo ménos, en la esfera legislativa, es á saber, el derecho consuetudinario, es incoercible, vive sin demostrar en ninguno de sus momentos que sea la fuerza elemento constitutivo de su naturaleza. Pero no es esto sólo: es que puede darse el caso de que un Estado subsista sin otro ni más derecho que el derecho consuetudinario, privado totalmente del auxilio de la fuerza oficial. «En la India, dice Lyall, existen todavía pueblos que nunca cayeron bajo el despotismo arbitrario de un hombre, y que nunca han poseido derecho escrito de ninguna clase. No ha de creerse por-

esto que sean agrupaciones incoherentes, sino sociedades antiquísimas, regidas por usos, estilos y costumbres, á las cuales nadie puede resistir (1).» Un observador reciente, Mac-Gahan, cita á los Turcomanos como ejemplo curioso de un pueblo sin Estado. «No existe entre ellos cuerpo político ni autoridad reconocida, ni poder supremo, ni otro tribunal que la opinion pública. Es cierto que sus jefes gozan de cierta autoridad nominal para intervenir en las controversias y litigios que se suscitan, pero carecen de poder para hacer efectivas sus decisiones. Los litigantes pueden aceptarlas, pero pueden tambien á pesar de ellas, terminar el litigio por medio de un combate. Esto no obstante, tienen nociones tan claras de lo justo y de lo injusto, y la opinion pública posee tal fuerza para imponerlas, que muy rara vez se da el caso de disturbios y luchas personales (2).» Segun la escuela positivista, en sociedades tan embrionarias como éstas, la nocion de la justicia deberia ser casi de todo en todo desconocida, y vivir sus miembros como ántes se decia, en estado de naturaleza, pero no en estado de naturaleza tal como lo concebia Grocio (*paraiso*), sino segun lo ideó Hobbes (*bellum omnium contra omnes*), cazándose unos á otros como fieras, hasta consumar su aniquilacion, ó caer extenuados por la lucha, poseidos de desesperacion y de terror, bajo el férreo yugo del más fuerte (3). Y sin embargo, viven uno y otro siglo, sin más policía que las costumbres recibidas por tradicion oral de sus antepasados y el interior dictado de su conciencia, á que rinden voluntariamente acatamiento.

En el mismo caso que cada una de esas naciones semibárbaras, se encuentra hoy el Estado internacional, el conjun-

---

(1) *Fort. Review*, nº. 121, N. 5, p. 121, cit. por Hearn, *The aryan household*, p. 284.

(2) Hearn, con referencia á Mac-Gahan, *Campaigning on the Oxus*, p. 250.

(3) Vid. una explicacion de la génesis histórica del derecho en aquel sentido, en la *Revista Contemporánea* de Madrid, t. x, *Nocion del derecho*, por P. Estasen. Idéntica tésis sustenta San Juan Crisóstomo, si bien en forma hipotética: «Si no hubiese Magistrados en las ciudades, viviriamos una vida más salvaje que la de las bestias feroces, mordiéndonos y devorandonos unos á otros. Suprimid los Magistrados, y todo se habrá perdido: ni ciudades, ni campos, ni plazas públicas. Todo será subvertido, y el más debil será devorado por el más fuerte (*De statuis*, VI; *in Epist. ad Rom.*)

to orgánico de las naciones cultas: en estado consuetudinario. Existe un derecho internacional privado; ese derecho carece de fuerza de obligar; no hay autoridades superiores á las de la nacion que le presten una garantía penal; y esto no obstante, vive sin embarazos, cada vez más definido, cada vez más compacto é igual, cada vez más irresistible. Así, por ejemplo, «el uso y la convencion tácita de las naciones han establecido como regla general, que las leyes personales sigan al indivíduo y le sean aplicables áun cuando se encuentre en país extranjero; que las leyes personales de un Estado no se apliquen sino á los nacionales, y no ejerzan efecto ninguno sobre los extranjeros que residen accidentalmente en su territorio; y por el contrario, que las leyes reales no se apliquen sino dentro del territorio del Estado; que las leyes concernientes á las formas sean aplicables á todas las personas que ejecutan actos en el territorio, ó que deducen acciones ante los Tribunales, ó que reclaman la ejecucion de actos ó sentencias; que la sustancia de los actos, el *vinculum obligationis*, se rija, ora por la ley personal, ora por la ley real, ora por la ley vigente en el lugar donde se perfecionó el contrato ó la disposicion; y por último, que en lo tocante á los hechos ilícitos, se aplique las leyes del lugar donde se han cometido, ó las del domicilio del delincuente (1).» ¿Se concibe que una nacion se sustraiga al imperio de estas costumbres, admitidas unánimente por la jurisprudencia de los tribunales europeos; que haga imposible la estancia en su suelo á los estranjeros, y de rechazo obligue á sus súbditos á no atravesar nunca las fronteras de la pátria? Y lo que sucede con el derecho internacional privado, se repite con el público. Ninguna potencia viene obligada, por ejemplo, á mantener relaciones diplomáticas con las demás; y sin embargo, no se nos alcanza la posibilibad de que ningun país prescinda de ellas, y se exponga á quedar aislada, á salir del concierto político europeo, del cual són hoy condicion esencial los órganos diplomáticos, sean permanentes, sean adventicios. Los honores y exenciones que disfrutan las embajadas, y que

(1) Foelix, *Tratado de derecho internacional privado*, titulo preliminar, cap IV, § 22.

ha introducido la costumbre, ¿qué fuerza las sanciona? y sin embargo, ¿qué nacion pudiera desligarse del secreto poder de ese hecho? «Cuando se ha establecido una costumbre, sea entre todas las naciones civilizadas del mundo, sea únicamente entre las de un cierto continente, por ejemplo, en Europa, ó entre aquellas que sostienen un comercio más frecuente y activo, si esa costumbre es indiferente en sí, y con más razon si es útil y razonable, cobra fuerza de obligar para todas esas naciones, que se presume han prestado su asentimiento (1).» «Desde el instante que un Estado ha salido de su aislamiento, establécese en su comercio con las demás una ley comun, *á la cual nadie puede sustraerse* sin renunciar ipso facto, ó cuando ménos, sin herir gravemente su propia existencia individual y sus relaciones con los demás..... Fundada esa ley en el consentimiento mútuo, expreso ó tácito, de una cierta asociacion de Estados, *saca su fuerza de esa conviccion comun* de que todo miembro de la asociacion, en circunstancias análogas, sentirá la necesidad de obrar en igual forma, por motivos materiales ó morales. La ley internacional no se ha formado, es verdad, bajo el influjo de un poder legislativo, porque los Estados independientes no obedecen á ninguna autoridad comun en la tierra. *La ley internacional es la ley más libre que existe*; ni siquiera dispone, para hacer ejecutivos sus preceptos, de un poder judicial orgánico é independiente; pero la opinion pública, su órgano y regulador, la historia con sus juicios, confirman lo justo en última instancia, y persiguen sus infracciones como vengadora Nemesis. Recibe este derecho su sancion en aquel órden supremo que, con haber creado el Estado, no ha proscrito la libertad humana ni le ha puesto siquiera trabas, sino que ha abierto la tierra entera el género humano (2).» ¡Cuánto nos hemos alejado de la doctrina de Ihering! ¿Se dirá todavía que el distintivo característico del derecho es la coaccion?

En idéntico caso que en la actualidad el derecho internacional, se halló en otro tiempo el mercantil, señaladamente el

---

(1) Vattel, *Derecho de gentes*, preliminares, § 26.

(2) Heffter, *Derecho internacional de Europa*, § 2°. Vid. tambien Martens, *Derecho internacional*, libro II, cap. 3°, § 63.

marítimo, que regulaba las transacciones entre mercaderes de distintas naciones. ¿Y qué legislacion ha sido más respetada ni tenido más fuerza que las costumbres del comercio marítimo? Todavía hoy descansa el comercio sobre una infinidad de usos extremadamente variables, que no pueden hallar cabida en los Códigos mercantiles, y que reciben su principal fuerza de la buena fé, del espíritu interno de justicia, del interés recíproco de los comerciantes, etc. (1). En mayor escala se nota esto en el derecho procesal. Más de la mitad de él, seguramente, reviste todavía la forma consuetudinaria de prácticas y estilos: únicamente el procedimiento judicial ha sido hasta el presente regularizado, legislado y codificado; que, por esto, ha venido á erigirse, en el comun sentir, en único derecho procesal. El procedimiento del poder regulador está absolutamente todo en forma de usos, y en gran parte tambien el de los poderes legislativo y ejecutivo ó administrativo; precisamente por esto, afecta ese carácter de vaguedad é indeterminacion que hace tan difícil articularlo en definiciones ó en preceptos, y que tantos y tan graves conflictos ocasiona en la práctica.

Por si eso no fuera bastante, ahí están las sociedades de vida airada, constituidas para empresas de fuerza contra el derecho, las cuadrillas de malhechores y bandidos (2), y aquellas otras que son su consecuencia, las brigadas de presidiarios en el sistema de prisiones en comun. ¡Quién dijera que tambien allí se produce un derecho consuetudinario, y que ese derecho goza de autoridad como pudiera en una república bien organizada, con una policía celosa y experta, y con numerosa Guardia civil y ejército sobre las armas! Puede estudiarse como notable ejemplo la antigua cárcel de Sevilla, en

---

(1) Vid. *Traité théorique et pratique de droit commerciale*, por Delamarre et Poitevin, § 26.

(2) «Los efectos de la justicia son tan extensos y poderosos, que áun aquellos que no viven sino de rapiñas y crímenes, no pueden subsistir sino observando entre sí cierta manera de justicia. . . . Hasta se dice que las compañías de ladrones han puesto ciertas leyes á que se someten y que observan religiosamente (Ciceron, *De offic.*, libro II, cap. 11).» «Si no observaran entre sí las reglas de la justicia, si unos á otros no se guardasen fé, semejantes sociedades de malhechores se disolverian sin remedio (Polibio, IV, 29).»

la viva pintura que de ella nos dejó Cristóbal de Chaves. Es todo un Estado de derecho: como tiene su propia lengua y una literatura peculiar, posee todo un sistema de funciones y de autoridades, libremente constituidas entre los penados mismos, y con todo el prestigio debido á una larga tradicion; todo un sistema tributario de patentes, gabelas y emolumentos; todo un código de costumbres, unas abusivas y criminales, otras legítimas ó indiferentes, pero todas igualmente irresistibles, en cuanto que no puede sustraerse á ellas ninguno que se halle sometido á su accion, con no estar apoyadas en ningun género de fuerza material: ni la administracion de justicia es poderosa á desarraigar ese vicioso estado de derecho, sino mudando las condiciones en que tales sociedades viven, ó más bien disolviéndolas, dejando á cada delincuente solo consigo mismo, y envolviéndolo en una atmósfera de virtud y de purificacion que restaure en su alma la perdida nocion de la justicia (1).

Si en igual forma fuésemos examinando una por una las demás esferas del derecho, hallaríamos que no le quedaba á la coaccion otra esfera donde refugiarse que la esfera de la perturbacion jurídica, y entónces advertiríamos: 1°, que estábamos completamente fuera del órden del derecho, dentro de un órden negativo, el órden de la injusticia, de lo contrario al derecho: 2°, que esa perturbacion es, en la vida del derecho, no un elemento sustancial que diga algo de su naturaleza, sino un accidente histórico, cuya desaparicion concebimos sin que sufra la más leve alteracion la nocion del derecho, ni el curso de su vida se modifique: 3°, que la esfera de la reparacion, que es verdaderamente jurídica, pues negando la negacion del de-

---

(1) *Relacion de la cárcel de Sevilla*, apud *Biblioteca* de Gallardo, t. 1, p. 1342 y siguientes. «De lo que á este (preso) que es nuevo, traen para comer, comen los viejos, y es tan ley para ellos como la de Dios para los que la tienen. Hay en la cárcel «pregoneros,» que son presos que venden y rematan las prendas: y otros que viven de prestar sobre prendas dinero, un cuarto más por cada real por uno ó dos dias, que entre ellos se llama *gabela*, y si se pasa el término, quedan por suyas las prendas. Suelen dormir de noche en la cárcel de ordinario cien y más mujeres, sin las que de dia entran á ver los demás sus conocidos, sin que la justicia lo pueda remediar ni quitar, porque como si fuese virtudes, lo defienden el alcaide y los presos. . . » A este tenor, infinitas otras.

recho (el delito) lo afirma y reconoce, vuelve á caer bajo el dominio de la voluntad y fuera de los alcances de la fuerza, la cual, si logra el efecto material de aprisionar al culpado, no encontrará jamás camino abierto para posesionarse de su alma, donde reside la raíz del mal, y regenerarla.

Concluyamos, pues, afirmando, contra el sentir comun de las escuelas, que *el derecho no es un órden de coaccion exterior.* Después de tantos siglos de no interrumpidos desengaños, ya sería hora de que científicos y legisladores prestasen oido atento á la voz de la razon y á las enseñanzas de la historia. La buena fé, la hombría de bien: hé aquí la principal y casi la única garantía del derecho. Disciplinar la voluntad, iluminar al hombre interior, hacerle triunfar de sí mismo, para que sea verdaderamente *libre:* hé aquí el objetivo adonde debe convertir su atencion el legislador, vanamente absorbido en idear estériles planes y organizaciones puramente mecánicas, sin más cimiento ni otra trabazon que la policía y la fuerza: «el hombre y el pueblo sanos y derechos en su voluntad, esos cumplirán rectamente el derecho: los que no lo sean, lo torcerán á impulso de sus pasiones, sin que alcance á enderezarlo la coaccion, ni el temor le sirva de salvaguardia, ni la amenaza de avisador, ni la represion de cauce. *Plenitudo legis est charitas*, dice muy atinadamente San Agustin; *lex est littera eis qui eam non implent per spiritum charitatis. Non timore penae, sed justitiae amore completur* (1).»

Pero se dirá: si el derecho es un órden de libertad, si el derecho no es un órden de coaccion, ¿de dónde saca esa virtud propia que lo hace incontrastable y más fuerte que la fuerza? No es difícil adivinarlo: de la misma fuente de donde la reciben la moral y la religion. Los hombres verdaderamente *libres*, justos, ó como decian los romanos, los hombres honestos, obedecen á un imperativo de su naturaleza, se dejan guiar por los nativos impulsos de su alma, y cumplen el derecho sin grandes resistencias por parte de la voluntad, ó humillando sus rebeldías con teson y ardimiento, y viendo en ese

(1) *Vida del Derecho*, § 6, p. 65.

cumplimiento el fin supremo de su vida, y un como deber religioso. Motivos ménos puros ó ménos libres, el hábito, la rutina y la imitacion, las conveniencias sociales, el deseo de no parecer ménos humano ó ménos culto que los demás, razones de utilidad, respetos humanos, y otros móviles semejantes, comunican su fuerza al derecho, é inducen á obrar segun sus preceptos á los hombres en quienes no alienta tan vigorosamente el sentimiento de la justicia, ó en quienes ejercen su imperio despótico las pasiones, el arrebato, la pusilanimidad y flaqueza de espíritu, la miseria, la ambicion, la incultura, etcétera. En ese cúmulo de energías morales que al espíritu distraido pasan desapercibidas, y que componen, sin embargo, la dinámica social entera, se hallará el secreto de ese poder incontrastable, á cuyo lado, la fuerza material casi se anula y oscurece. Y ese poder activo que es inherente al derecho, en nada difiere ya del poder que acompaña á la moralidad.

Verdad tan patente como ésta, no podia permanecer enteramente oculta á tantos ilustres filósofos y jurisconsultos que, llevados de una obcecacion sólo explicable por la fuerza de la tradicion, hacian gala de negarla. Así Kant, á pesar del carácter formal, abstracto, que atribuia al derecho, reconoció una esfera que llamaba «equidad,» para la cual no existia más tribunal que la conciencia (1). Ahrens confiesa que, en nuestras sociedades, el derecho y sus obligaciones se cumplen ya más frecuentemente de buen grado que por la coaccion, y cree que todavía puede concebirse un estado más perfecto, en que las prescripciones de la justicia se cumplan principalmente con moralidad, sin perder por eso su carácter jurídico (2). El mismo Ihering reconoce que, con efecto, si la época primitiva hubiese estado dotada de las virtudes con que nos la pintaban en algun tiempo, el derecho se hubiese desarrollado en la forma que pretende la escuela histórica, sin necesitar otra fuerza que el poder de la persuasion legal (3). Ahora, si no hay dos derechos, sino uno sólo, si el derecho es de naturale-

(1) *Elem. metaph. de la doctr. du droit*, ed. de J. Barni. p 41.
(2) *Curso de Derecho natural*, § 20.
(3) *Le combat pour le droit*, p 7.

za homogénea, si en cada hecho jurídico, y con más razon en cada institucion y en cada esfera del derecho, se revela todo él en unidad,—reconocida la coaccion como elemento extraño á una parte cualquiera del derecho, ó á cualquiera de los períodos de su desenvolvimiento histórico, la lógica conduce á extrañarla tambien de las restantes. En esta inteligencia parece haber estado, por una especie de vaga intuicion, la musa popular española, cuando separaba tan radicalmente esos dos conceptos, que, á su juicio, «do fueza viene, derecho se pierde» (1).

4. El derecho es beneficencia: la caridad es derecho.—Que el derecho, como norma de la voluntad, tiene por único objetivo el bien, que nadie se ha creido jamás autorizado en su conciencia para obrar indistintamente el bien ó el mal segun las inclinaciones de su pasion ó de su albedrío, no hay para qué discutirlo, porque nadie lo ha puesto sériamente en duda. La frase *derecho al mal*, *derecho al error*, absurda en sus términos y ocasionada á equívocos, no lo es en el fondo, ni pone en tela de juicio este principio; sino que con ella se ha entendido sencillamente proclamar la sustantividad é inviolabilidad del espíritu individual, y reivindicar la libertad y la independencia de su derecho inmanente con respecto al derecho social. La mision del derecho, en cuanto regla, es enderezar la voluntad al bien. ¿Pero á toda clase de bien? Las escue-

(1) No debo ocultar que me falta certidumbre acerca del significado verdadero del vocablo *fuerza*, en este popularisimo proverbio, pues el de *deber* no parece acomodársele muy bien, y sin embargo, ese recibe en un romance que lo reproduce casi á la letra, por boca del Cid, al despedirse de su esposa en San Pedro de Cardeña: «Pero piérdese el *derecho*—á donde interviene *fuerza* (por «deber»); miéntras que, por el contrario, el refran portugués correlativo de ese, adopta un giro enteramente opuesto: «onde *força* nao ha, *direito* se perde.» Caro Cejudo le señala como equivalentes, en el Refranero de los romanos, otros dos: «silent leges inter arma: malo cedere jura quam vim pati.»—En otros pasajes de su literatura, ha distinguido nuestro pueblo la justicia de la fuerza, si bien considerando á ésta como auxiliar y amparadora de aquella. Hé aquí un ejemplo tomado, como el anterior, del Romancero general Duran, n. 874): habla el Cid al Rey:

Si la *justicia* en las *armas*
Falló el natural abrigo,
Ya sirvo yo con las mias:
Faced justicia y castigo.

las contestan casi unánimemente que no, distinguiendo en el bien dos esferas: una, objeto de la caridad, bien puramente moral, que trae á la memoria la idea del desprendimiento, de la generosidad, de la abnegacion; otra, ménos pura, que es del dominio del derecho, y al cual van unidos conceptos de egoismo, de reciprocidad y de coaccion. Pero lo que no ha intentado ninguna escuela es trazar la línea divisoria que separa esos dos órdenes de bien, ántes por el contrario, á despecho de semejante distincion, se han confundido y compenetrado en la vida, y se ha hablado, por ejemplo, de un derecho á la asistencia, y se ha practicado una caridad legal. Los pueblos primitivos, que elevaron la hospitalidad á categoría de una institucion, consagrada por la religion y por las leyes, no conocian la palabra limosna: la llamaban *justicia.* El auxilio, la caridad ejercida por una persona privada, que se cree obligada en su conciencia á compartir con los necesitados el sobrante de sus bienes, se considera del dominio de la moral: el auxilio prestado á esos mismos necesitados por los representantes de aquél y demás ciudadanos en el Estado, se reputa de la esfera del derecho, y con razon, porque si no, no lo ejecutara el Estado; mas ¿en qué se funda esa variedad de criterio? No cree el Estado tener derecho á dejar morir, víctimas del hambre, á los impedidos ó á los expósitos, por ejemplo, ¿pero hay algun indivíduo que reclame para sí ese derecho, que se crea justo, que, por el contrario, no se culpe y condene á sí propio, si no pone el remedio que estaba en su mano? No hay hombre recto y bien sentido que no se crea obligado en justicia para con los demás, áun cuando no medie compromiso formal ni se le pueda emplazar ante los tribunales, y viceversa, que no considere á los demás obligados para con él, y no se crea herido en su derecho, y no los acuse de injustos en su foro interior, cuando le han negado su auxilio ó su concurso, cuando le han escarnecido ó le han abandonado en su desgracia, y le han imposibilitado con su indiferencia y su desvío el cumplimiento de alguno de los fines fundamentales de la vida. El bien es fundamentalmente uno, y el derecho lo abraza todo entero, no en una sola de sus ramas: esa excision que se pre-

tende llevar á él, es abstracta, artificial, no responde á nada en la realidad. Lo justiciable y lo no justiciable no son dos esferas que coincidan con el derecho y con la caridad, ó con el derecho y la moral, porque hay actos inmorales que son justiciables, y actos injustos que no lo son. Lo que se llama caridad tiene un aspecto jurídico, por más que tenga otro aspecto moral, ó más bien, trascendente y religioso. Tambien la caridad es derecho. La moneda que entregan los contribuyentes, por conducto de sus órganos en el Estado, al establecimiento de beneficencia, es un medio jurídico; el acto es acto de derecho. La moneda ó especie que esas mismas personas privadas entregan directamente á ese mismo establecimiento ó á cualquiera de los acogidos en él, en ciertas condiciones, es igualmente medio jurídico, áun cuando no sea exclusivamente jurídico. El auxilio material prestado por una nacion á una de sus provincias más débil ó más necesitada, es un hecho de derecho; pero no lo es ménos el que se proporcionan á sí mismos, asociándose, los naturales de aquella provincia, ó el anticipo ó la dádiva de uno de ellos, cuya holgada posicion le pone en condiciones de sustituir la accion providente del Gobierno nacional. La accion civil de los tribunales tiene por objeto procurar la paz entre los ciudadanos, partiendo sus diferencias, diciéndoles el derecho (*ju-dicando*), que es decir, ayudándoles á realizar el bien, en cuanto del derecho depende; ¿pero no son de igual naturaleza el laudo arbitral, la decision del consejo de familia, los buenos oficios ó el consejo desinteresado de una persona que se coloca entre los contendientes y les inspira una línea de conducta racional y justa? ¿Será derecho la sentencia, y moralidad ó religion el consejo, sólo porque la primera la dictan personas constituidas en autoridad para esa funcion especial, y porque, una vez pronunciada, es ejecutiva? Ó el derecho no tiene propia realidad, y su naturaleza no es esencialmente una, ó el consejo, al igual del laudo y de la sentencia, es un medio y un hecho de derecho: ó el derecho no es lo que es de por sí, independientemente de las formas, de las personas y de las circunstancias en que se traduce en la vida, ó rige absolutamente todos los actos buenos,

sin excluir los llamados de beneficencia, segun el modo que es propio de la finalidad jurídica, distinto del de la moral. Pues no quiero dar á entender con esto que el derecho y la moral sean una misma cosa, confundiéndolos, como los confundieron Platon, Hegel, Grocio y Wolf; sino que tanto en los actos llamados de caridad ó de beneficencia, como en los que no parecen ostentar ese carácter, hay moralidad y hay derecho; que no está en esto la razon de su diferencia. Hasta aquí siguen coincidiendo el derecho con la moral: tanto éste como aquél son beneficencia.

El génio de la raza semítica, por boca de sus órganos religiosos, y la raza arya, por boca de sus filósofos, columbraron esta verdad hace más de diez y nueve siglos. Hé aquí en qué términos se expresa Ciceron: De todas las fuentes de deber, «es la más fecunda la que mantiene la sociedad humana, y sirve de fundamento á la union de unos con otros hombres. Hay que distinguir en ella, lo primero, la *justicia*, donde la virtud brilla con todo su explendor, y que es la cualidad por excelencia del hombre de bien; después la *beneficencia*, hermana de la justicia, y que tambien se puede apellidar bondad ó generosidad..... Como, segun las bellas palabras de Platon, no hemos nacido para nosotros solos, ántes al contrario, tienen derecho sobre nosotros nuestra pátria, nuestros padres, nuestros amigos; como, segun los estóicos, todo lo que la tierra produce es creado para el uso del hombre, y el hombre mismo para sus semejantes; como nuestra ley es ayudarnos mútuamente,—debemos ser fieles á las inspiraciones de la naturaleza, poner en comun todas nuestras ventajas mediante el cambio recíproco de buenos oficios, dando y recibiendo alternativamente, empleando nuestro espíritu, nuestro trabajo, nuestros recursos, en apretar los lazos que unen á los hombres unos con otros en sociedad (1).» Y respecto del Evangelio, ¿será menester recordar aquellas máximas sublimes, que no son tan sólo preceptos religiosos, sino además, leyes jurídicas de la razon: amad á vuestros enemigos; no volvais mal por bien; buscad

(1) Ciceron, *De officiis*, libro I, cap. 7°.

primero el reino de Dios y su justicia; Dios hace llover sobre los justos y sobre los injustos; sed perfectos como Dios, etc.?

Estas revelaciones se van abriendo trabajosamente camino en las costumbres, pero no son todavía opinion comun, y ni siquiera han logrado penetrar en la ciencia. En esto, como en todo, los hechos se han adelantado á la doctrina. Algunos escritores piadosos, en quienes ha hecho veces de ciencia una de esas intuiciones tan frecuentes en la historia de la religion y en la historia del bello arte; algunos publicistas de pura y recta conciencia, movidos por una caridad ardiente más que por reflexion sistemática; tal cual pensador de esos que se adelantan á su siglo y dejan luminoso rastro en la historia del pensamiento, han bastado apenas para anunciar una nueva era en el modo de conceptuar el derecho y de aplicarlo á la vida. Así, por ejemplo, uno de los poetas religiosos mejor sentidos de nuestra pátria, Damian de Vegas, identificó de plano la caridad y la justicia, en una sátira, sombrío cuadro de costumbres que debieran estudiar los laudatores *à outrance* del tiempo pasado: «Porque tengais ya noticia—que lo que en necesidad —os piden por *caridad,*—se lo debeis de *justicia* (1).» «La *limosna* es una *justicia*, como la llaman los hebreos,» exclama en uno de sus discursos P. F. Monlau (2).» «La caridad es un deber, la *caridad* es la justicia,» dice la eminente escritora Doña Concepcion Arenal (3). «Los principios de la *caridad* y de la *justicia* son idénticos, dice Lorimer; su realizacion separada es imposible; su realizacion comun en cada acto, necesaria (4).» Á Ahrens, Roeder, Trendelemburg y Giner, en primer término, es deudora la ciencia del nuevo espíritu que reconoce en el Derecho un principio ético é interno llamado á regenerar la

(1) Damian de Vegas, *Razon para llorar*, apud Romancero y Cancionero Sagrados («Biblioteca de Autores Españoles» de Rivadeneira).

(2) D. Pedro Felipe Monlau, *Discurso de recepcion en la Academia de Ciencias Morales y Politicas*.

(3) Doña Concepcion Arenal, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Memoria premiada en concurso público en la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(4) Lorimer, *Institutes of law*, cap. XIII. «The principles of justice and charity are identical: their separate realisation is imposible; and their common realisation necessarily in the same action.»

vida de la sociedad, y que ha causado ya efectos de suma trascendencia en la esfera penal.

5. El derecho es un órden de condicionalidad: la moral no es derecho.—Si analizamos un hecho jurídico cualquiera desde el punto de vista de su finalidad, encontraremos en él estos dos elementos: 1º *beneficencia*, ó sea, realizacion de algun bien: 2º *condicionalidad* de este bien, con respecto á otro superior ó ulterior. Es decir, que la finalidad del hecho jurídico no termina en el bien inmediato obrado por el sujeto, sino que trasciende de él; ó en otras palabras, que ese bien se realiza como condicion ó medio para conseguir otro bien, para cumplir otro fin. Y en este punto, divergen ya los dos órdenes de la moral y del derecho. Los dos son beneficencia; pero el fin de la moral se cierra en la beneficencia misma, y el derecho no. La conducta es moral, cuando obra el bien *por* el bien; jurídica, cuando obra *un* bien *para* otro bien: la primera, es inmanente en el bien inmediato que realiza: la segunda, trasciende de él, proponiéndose como fin un bien diferente. Por tanto, la moral es relacion de causalidad: el derecho, relacion de condicionalidad. El bien obrado es allá sustantivo, su significacion reside en sí propio (1): en el derecho, el bien es adjetivo, su significacion la recibe de los fines que se cumplen mediante él. Si fuese posible que un acto bueno no fuera útil, ese acto podria ser acto de moralidad, pero no podria serlo de derecho. En el bien moral, hay una sola relacion, del sujeto al acto: en el bien jurídico, la relacion es doble, del sujeto al acto, del acto al fin en razon del cual es ejecutado. En su concepto moral, el acto bueno se ejecuta sólo por ser bueno: en su concepto jurídico, por ser, además de bueno, útil.

Mas no porque sean diferentes, se repelen. Vimos arriba que el derecho abraza todo el órden del bien, y por tanto, toda la vida; no es ménos universal que el derecho la esfera de la moralidad; por donde, léjos de ser incompatibles ni antagóni-

(1) Muy bellamente ha expresado esta verdad Virgilio, por medio de una frase que pone en boca de Escipion, evocado por su hijo en los Campos Eliseos: *Ipsa quidem virtus sibimet pulcherrima est:* la virtud es el premio de si misma.

bos aquellos dos conceptos, como entendieron Thomasius, Kant y sus sucesores, han de concurrir necesariamente en todo acto: todo acto ha de ser obrado por su bondad absoluta, intrínseca (por el bien que en ella se envuelve, como fin en sí), y por su bondad relativa, en tanto que el bien realizado en aquel acto es útil ó bueno para otro bien. En otros términos: todo acto ha de revestir á la vez las dos formas, ética y jurídica. Un acto de caridad, v. gr., ha de ejecutarse moralmente, porque es *bueno* y conforme con nuestra naturaleza el bien; pero además jurídicamente, porque es *debido*, porque tal acto es útil para algun fin, siendo deber de justicia en nosotros cumplir nuestros fines, y ayudar á los demás á que cumplan los suyos: por esto se recomienda á la caridad que sea discreta, que estudie las necesidades más perentorias y legítimas, que no se vende los ojos ni se ejerza como en el vacío. Un acto de donacion, de permuta, de emision de sufragio, de tutoría, etc., ha de ejecutarse interesadamente, por razon del medio que proporciona á uno ó más fines de nuestra vida ó de la de nuestros semejantes, porque es deuda de justicia en nosotros procurar su cumplimiento, satisfaciendo las necesidades en que se manifiestan; pero, al mismo tiempo, ha de ejecutarse porque es bueno realizar los fines de la vida, porque es bueno escuchar la voz del deber, independientemente de que se logre ó no el resultado apetecido, porque es bueno obedecer los preceptos del derecho,—del derecho, que es uno de tantos fines, y por consiguiente, uno de tantos bienes de nuestra vida.

De este modo se condicionan recíprocamente el derecho y la moralidad, y el uno por el otro se completan y perfeccionan. Como ésta no ha de obrar en abstracto, encarna y se concreta en los medios que aquel pone para satisfacer una necesidad jurídica, y el derecho le presta garantías de que esos medios no serán en ningun caso inmorales, porque no pueden ser inmorales sin que al propio tiempo sean anti-jurídicos (1). Y

(1) Esto, áun en la esfera social, en cuanto esa garantía depende del derecho. Así, los Códigos europeos castigan ciertos actos inmorales, y respecto de aquellos que no puede castigar el Estado, les niega toda eficacia, áun cuando constituyan la materia de un pacto. Hé aquí algunos ejemplos: «Pacta quae contra leges insti-

viceversa, como el derecho ha de condicionar los fines con medios adecuados á ellos, como los fines y los medios han de ser de naturaleza homogénea, no puede ejecutarse derechamente el acto bueno como prestacion (como derecho), si al mismo tiempo no se ejecuta con pureza de intencion y motivo desinteresado, por consideracion sólo á su bondad (como moralidad); porque de otro modo, se correria el riesgo de tomar por relacion jurídica una relacion económica, de aplicar á un fin bueno medios malos, y de imprimir al acto de la prestacion ese sello de frialdad, de sequedad, de aspereza ó de mala voluntad, que tal vez hiere y ofende más que si los medios exigidos por el fin le fueran negados. Por esto dice, con muy buen sentido, nuestro Séneca que «el hombre de bien no piensa en los beneficios que ha hecho, sino cuando se los trae á la memoria, devolviéndoselos, el favorecido: de otro modo, el beneficio se trasforma en préstamo ó crédito,» ó mejor en un acto de efectos puramente económicos. «No sé que es peor, si negar un beneficio ó echarlo en cara: conviértese con eso el beneficio en injuria, y sólo el perdonárselo es bastante agradecimiento (1).» Por esto, tambien, el Estado requiere de los que han de ser sus funcionarios, no sólo dotes de capacidad, sino de moralidad además, desengañado de la eficacia de aquellas garantías puramente mecánicas que ideó y ha apurado el doctrinarismo, y cierto de que no hay otras que merezcan ese nombre que las morales é internas. En faltando la moralidad, desfallece la

---

tutionesque, vel *contra bonos mores* fiunt, nullam vim habere indubitati juris est (Código, libro 2°, tit. 3°, const. 6). Omnia quae *contra bonos mores* vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sit (Ibid., libro 8°, tit. 39, const. 4) Vale la pena (pactada), et será tenudo de la pechar el que la fizo, fueras ende si la promision fué fecha sobre cosa que fué contra ley ó *contra buenas costumbres* (Partida 5ª, tit. 11, ley 29). No podrá derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el órden público y las *buenas costumbres* (*Proyecto de Código civil español*, art. 11). On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui interessent l'ordre public et *les bonnes moeurs* (Código Napoleon, art. 6°). En Aragon es libre la voluntad de los contrayentes, pudiendo pactarse y convenirse todo lo que no fuere contra la *moral y las buenas costumbres* (Portolés, *De consortibus*, v. Consultatio: *contra jus naturale*, dice la observancia 16 *de fide instrumentorum*.)

(1) Séneca, *De beneficiis*, libro 1°, cap. 2° et aliunde. Racine parece haber tenido presente la gráfica frase de éste, *in injuriam beneficium convertit*, cuando dice: *un bienfait reproché tient toujours lieu d'offense*.

justicia: el hombre vicioso y corrompido en su voluntad, obedece exteriormente las leyes, elude con facilidad el castigo, pero el derecho de que son aquellas leyes una imágen, no pasa de ser en sus manos una letra muerta.

6. El derecho es un órden de finalidad racional: no es la utilidad ni la reciprocidad.— Acabamos de ver que el derecho es condicionalidad, que no hay derecho si no hay prestacion de medios útiles para la satisfaccion de una necesidad, para el cumplimiento de un fin. Fáltanos averiguar qué género de condicionalidad es la condicionalidad jurídica. Es el derecho una rama de la Economía? ¿Es el derecho una mera relacion de utilidad, como han pretendido las escuelas utilitarias y sensualistas desde Epicuro á Hobbes, y desde Hobbes á Bentham, y como todavía en nuestros dias lo pretende la escuela positivista?

Segun el sentido de todo lo expuesto, el derecho es beneficencia, su accion se dirige al bien, lo mismo que la moralidad, y como ésta, abarca todo el órden del bien: el fin del derecho es prestar medios á todos los fines de la vida, incluso á sí propio como uno de ellos. Todo *fin*, cuando sale de su estado de tension y de sueño, y demanda ser actuado, determina en nosotros un desequilibrio, un vacío, un malestar, una inquietud, una *necesidad:* la satisfaccion de esta necesidad, dejando realizado aquel fin, nos restituye al equilibrio estable á que todo sér aspira, y causa en nosotros una satisfaccion, un placer. Por esto, en rigor, podria tomarse el placer ó la utilidad que lo engendra, como criterio de derecho. Pero en la vida temporal, el mal y el bien caminan revueltos, y el pensamiento del hombre, como finito, falible, confunde fines y medios buenos con otros que no lo son, y más de una vez escoge un bien pasajero, y se procura una satisfaccion relativa ó ilegítima y fugaz, desconociendo ó menospreciando el bien real y la satisfaccion perdurable que causa en los séres libres el obrar y vivir segun razon, el hacerse esclavos de su deber,—(única verdadera libertad) — que es, conforme vimos, vivificar su esen-

cia (1). Por esto, no pueden ser criterio regulador del derecho ni norma invariable de conducta, la utilidad ni el placer, en el sentido relativo y parcial en que los han tomado sensualistas y utilitarios. Ni es exacto que la necesidad carezca de ley, y por virtud de ella, toda accion, por perversa que parezca, quede legitimada. Si la necesidad surge del fondo mismo de nuestro sér, si es un eco de nuestra naturaleza racional, es legítima, y su ley está en la esencia misma de quien es verbo y precursor: la satisfaccion de tal necesidad es obligada, porque envuelve el cumplimiento de un fin, la exteriorizacion de un sér. ¿Con qué clase de medios? Evidentemente, los medios han de ser congruentes con el fin, ó sea, con la necesidad, y por tanto, de su propia naturaleza; y siendo el fin algo propuesto á nuestra actividad para su realizacion, una de las esencias de que se compone nuestro sér, el medio ha de ser tambien esencia, si bien esencia hecha ya, actuada, producida, positiva (*natura naturata*, que dicen los filósofos). Y siendo esencia el medio, necesariamente ha de ser bueno: ántes que realizar un fin racional con medios malos, el hombre recto se resigna y aguarda, ahogando los clamores de la necesidad, y manteniendo recluido el fin en los senos de su oscura virtualidad, hasta que luzcan para él mejores dias: el medio malo arguye negacion de esencia, y repugna á la razon eso de afirmar negando y vivificar destruyendo, de ir á la virtud por el camino del pecado, al derecho por el camino del mal: se crea un bien, pero se destruye otro: se satisface una necesidad legítima, pero se crea otra, la necesidad de destruir el mal espíritu que prestó el medio malo.—Al lado de esos fines racionales, hay otros que mejor se dijeran contra-fines, porque se resuelven en negaciones, y á esos no puede servir el derecho. Los actos que

---

(1) Á este propósito escribe Lucchini, con referencia á Trendelemburg: «No son los placeres verdaderos bienes, toda vez que no hacen sino, á lo más, advertirnos de los bienes; sin contar con que, á las veces, engañan al hombre, y siendo eco de bienes pasajeros y fugaces, lo someten á la esclavitud del mal: además, las necesidades son á menudo una degradacion de los instintos, y mejor que á estos, tales como los constituyó naturaleza, corresponden á los vicios y á las pasiones, envolviendo otras tantas violaciones del órden, y por tanto, negaciones del bien (L. Lucchini, *La Filosofia del diritto e della politica sulle basi dell' evoluzione cosmica*. 1874, § 65).

no recaigan sobre alguno de los elementos esenciales constitutivos de nuestro sér, no envuelven un fin racional, y los fines que no dicen relacion á nuestra naturaleza esencial, que no son conformes á la razon, no pueden reclamar ni recibir del derecho ningun género de condiciones. Pero la utilidad es una mera relacion de medio á fin: hay medios para todos los fines, y cuando los fines son irracionales, no les faltan aquellos porque el derecho se los niegue; que es más lata y comprensiva la categoría de la «condicionalidad» que la de la «condicionalidad jurídica». Hé aquí otra vez por qué no puede regirse el derecho por la utilidad, y cómo, por el contrario, ha de subordinársele, lo mismo que el placer, que sigue como un corolario á la satisfaccion de la necesidad jurídica. ¡Cuántas veces nos abstenemos de actos que juzgamos injustos, por más que los consideramos útiles para alguna de las necesidades que en aquel instante nos asedian! ¡Cuántas veces, después de haber satisfecho un deseo, nos turba el goce la conciencia, acusándonos de injustos, porque no era de derecho el medio de que nos hemos valido para lograrlo!

Las conclusiones que arrojan estas premisas son tan obvias, que casi pudiera excusar el enunciarlas:—1ª sólo los fines racionales de la vida son fines jurídicos:—2ª sólo son medios jurídicos, los medios adecuados á esos fines:—3ª sólo son relaciones jurídicas las establecidas entre esos medios y aquellos fines: la relacion entre un fin bueno y un medio malo, ó entre un fin malo y un medio bueno, no es relacion de derecho: el fin no justifica los medios: los medios no justifican el fin.

Está, pues, muy distante el derecho de identificarse con la utilidad económica ó con el placer físico. El derecho se sirve de lo útil para sus fines, pero no es lo que usualmente entendemos por utilidad: lo útil sirve de medio ó condicion de existencia y desarrollo al sér racional, pero el derecho no está sino en el modo como la actividad efectúa la prestacion. Por esto, el hombre de bien, ántes de ejecutar un acto, únicamente se pregunta: *¿es justo?* Sólo los hombres depravados, las naturalezas enfermas, los espíritus apegados á la materia y que no rinden culto sino al sentido, se preocupan principalmente de

esto: *¿es útil?* Los primeros ponen por delante el deber, y no vacilan en sacrificarle, si es preciso, toda temporal conveniencia: los segundos lo sacrifican todo al regalo de los sentidos, y se harian imposible la vida en sociedad, si no salvaran, por medio de inconsecuencias, el abismo que abren entre su pensamiento y la justicia. A nadie puede ser útil un recien nacido: ¿y quién no se siente obligado para con él? Un anciano postrado en el lecho de muerte, sometedlo á los cálculos de la economía: no puede darse hecho que le sea más contrario: ¿y qué hombre, por mucho que haya descendido en la escala de la perversidad, votará la muerte ó el abandono de ese anciano, estimándolo acto de justicia? Tratando de probar que el Derecho humano está fundado en la utilidad, dice un positivista: «Si bien el enfermo es inútil cuando la enfermedad le acosa, puede llegar á un estado de salud que recompense los beneficios que recibe de la sociedad.» Pero la conciencia social juzga con igual derecho á nuestros cuidados al enfermo incurable que al convaleciente. «Todos reprobaríamos, dice tambien, la ferocidad del dueño de un perro que lo dejase morir de hambre, teniendo con qué mantenerlo, y pudiendo utilizar sus servicios (1).» Nuestra reprobacion seguiría tambien, y en grado idéntico, al dueño de ese perro, áun cuando no le fuese ni pudiera serle nunca útil, si lo matase de hambre ó á fuego lento. En igual caso que el enfermo y que el niño se encuentran el loco y el culpado: por ninguna parte aparece el derecho cualificado por la utilidad; en ninguna parte lo hacemos depender de una condicion de reciprocidad ó de mutualidad de servicios; ántes bien, cuando un hombre, equivocando más ó ménos conscientemente el camino, sacrifica sus deberes para con los demás en aras de lo que estima ser su utilidad, decimos que ha cometido una injusticia ó un delito. ¿Intervendrá ese carácter en las relaciones dobles, en que hay libertad por parte de los dos sujetos que las constituyen? Cuando uno se conduce con otro injustamente, ¿autoriza el derecho á éste para proceder á su vez injustamente con aquél? Ni áun aquí tiene asien-

(42) *Nocion del derecho segun la filosofía positiva*, ap. *Revista contemporánea*, t. x.

to la utilidad, ni vale como criterio del derecho. Porque una nacion falte al derecho de nuestros nacionales, no nos es lícito atropellar ni desconocer el derecho de los suyos (1); porque una nacion cierre sus fronteras á nuestros productos, no es justo que cerremos las nuestras á los suyos; porque una nacion maltrate ó asesine á un embajador nuestro, no es razon que maltratemos al que esa nacion tiene acreditado en nuestra patria (2); porque un indivíduo destruya ó robe nuestros bienes, no tenemos derecho á apoderarnos de los suyos; porque un hombre mate ó mutile á otro, no es razon mutilar ó dar muerte al culpado; porque un sujeto, hombre ó pueblo, me niegue los medios que estaban en su mano y que eran necesarios á los fines radicados en mi persona, no me autoriza la conciencia para negar á los suyos los medios que de mí dependen. Si el derecho es fundamentalmente uno, la retorsion ó la represalia es igualmente injusta en el indivíduo que en la sociedad; y si la represalia, la vindicta, el talion, son la negacion del derecho, si una injusticia no legitima ni hace justa otra injusticia, es que el derecho no tiene su base en la utilidad ni en el placer. El fundamento del derecho, lo que obliga nuestra voluntad y nos solicita á la accion, son los fines hu-

(1) P. Fiore ha refutado victoriosamente el principio de la reciprocidad, que algunos tratadistas dieron por fundamento al Derecho internacional privado. «El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar la represalia jurídica, admitiendo que, no sólo el ejercicio de los derechos civiles, sino tambien el de los naturales, puede ser negado á los extranjeros, cuando el Estado á que pertenecen niegue el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales... Nosotros somos de opinion que, no sólo no se puede negar á los extranjeros el ejercicio de los derechos naturales, sino que ni siquiera depende del arbitrio del legislador el concederles ó el negarles el ejercicio de aquellos derechos que se dicen comunmente derechos civiles... Rechazamos como irracional el sistema de la reciprocidad, y lo consideramos como una ofensa á los derechos del hombre. (*Diritto internationale privato*, 1869, cap. 5°, § 35.)

(2) No está permitido, dicen unánimemente los tratadistas de derecho internacional, maltratar á un embajador por via de represalias, porque una accion ilícita no autoriza ni justifica otra. Cornelio Asina, embajador de Roma en Cartago, habia sido preso y encerrado en un calabozo por los pérfidos africanos: en aquella misma sazon, se hallaba de embajador cartaginés en Roma, Hannon: nadie pensará que el hecho culpable de los cartagineses daba derecho á los romanos para tomar venganza en la persona de su representante, pues para obrar mal, no hay derecho nunca. «La buena fé de nuestra república, dijéronle los romanos, te escuda contra ese peligro (Val. Máximo, libro 6°, c. 6°):» esa buena fé era el espíritu y la práctica de la justicia. En ocasion semejante, Scipion mandó poner en libertad á los embajadores, diciendo: «No imitemos nosotros aquello que en los cartagineses estamos reprobando.» Este es el verdadero lenguaje que habla el Derecho.

manos residentes en nosotros ó en nuestros semejantes, y como esos fines son independientes de la buena ó mala conducta del sujeto en quien residen, les debemos los medios aunque el sujeto nos niegue los suyos; se los debemos, aunque el sujeto los rechace. Y hé aquí por qué el derecho no es un órden de mera condicionalidad, por qué es un órden de finalidad. No es, no, el derecho un principio de egoismo: no dice «obra con los demás lo mismo que los demás obren contigo,» sino «condúcete con ellos del modo que ellos deberian conducirse contigo, puesto en su lugar.»

Esa confusion, ántes tan corriente, del derecho con la utilidad, va cediendo poco á poco sus fueros en la práctica, y no está lejano el dia en que únicamente se hablará de ella como de un recuerdo histórico. Pero así como va desalojando los dominios del derecho privado, y áun del penal, se encastilla en el derecho político, como si fuese esta esfera adjetiva más refractaria que las demás á los saludables influjos de la ciencia y del sentido moral de nuestro tiempo. Aquel insigne orador, honra de la raza arya, que condensó en sí el espíritu de la Grecia, próximo á extinguirse, después de sublime efusion por el mundo oriental, adelantó ya, en el más elocuente de sus discursos, que la política debe regirse por principios de justicia, y no por principios de utilidad (1). Y no parece que resonara su voz aislada en medio de la Grecia: al proclamar esa verdad, hacíase voz y lengua del pueblo ateniense. El cual, como en cierta ocasion propusiese Temístocles un proyecto que debia restaurar el esplendor y la gloria de Atenas, y hacerla dominar sobre los demás pueblos helénicos, desde que Arístides, conocedor del plan, declaró que ciertamente era útil, pero por todo extremo injusto, gritó á una voz que no podia haber utilidad fuera de la justicia, y ordenó al punto á Temístocles que abandonara su proyecto (2). Verdaderamente, un pueblo

---

(1) Demóstenes, Discurso *pro Corona*. Vide tambien Quintiliano, *De instit. orat.* libro 2°, cap. 15, que el orador debe ser hombre justo; y Ciceron, *De officiis*, libro 1°, § 45, que no debe cometerse una accion torpe ó inmoral, áun para salvar á la patria.

(2) «E vestigio universa concio quod aequum non videretur, ne expedire quidem proclamavit, ac protinus Themistoclem incepto desistere jussit (Val. Máx., li-

que en tan alto concepto tenía la justicia, mereció dominar sobre el de Laconia, para quien no habia más derecho que lo que era útil al engrandecimiento de su patria (1). Diríase que habíamos retrocedido en teoría y en práctica desde los tiempos de Atenas y Demóstenes, al ver tan generalizada la teoría de que la política no puede regirse por ideas, que existe incompatibilidad entre la política y la justicia, que hay un derecho excepcional—¡un derecho que no es derecho!—para la política y los políticos. La exclamacion de César: «si hay que violar el derecho para reinar, violémosle, pero en todo lo demás, rindámosle tributo» (2), bulle aún en todas las conciencias, y encuentra favor en los partidos militantes, los cuales, para cohonestar la maldad de sus actos, y hacer cómplice de ellos á la conciencia, han inventado la teoría de las impurezas de la realidad, en juego con la de los hechos consumados. Apénas se encuentra un hombre público para quien la política no sea arte de componenda y equilibrio entre el bien y el mal, entre la utilidad y la justicia, y que no profese secreto culto en su corazon, atenuándolas más ó ménos, á las máximas que acogieron en sus libros, tomándolas de la realidad, Maquiavelo y Baltasar Gracian: lo honrado y lo útil son dos cosas distintas, y no debe vacilar el príncipe en los medios de lograr lo segundo, aunque sea preciso sacrificar lo primero: la injusticia es buena cuando aprovecha; el tirano debe usar con frecuencia las palabras justicia, piedad, religion, honor, lealtad, misericordia, etc., á reserva de obrar en sentido contrario cuando le convenga: si la traicion y el engaño pueden ser eficaces, no debe acudir á la fuerza: todo lo dora un buen fin, aunque lo desmientan los desaciertos de los medios; aunque se sienta con los ménos, debe seguirse la corriente de los

---

bro VI, cap. 5°, § 2°.») Se trataba de incendiar la flota de los lacedomonios, que estaba en aguas de Aténas, á fin de hacer á ésta dueña y señora del mar.

(1) Plutarco, *Vida de Agesilao*; y Tucídides, libro 5°.

(2) Es un verso de Eurípides que César traia siempre en boca, al decir de Ciceron (*De offic.*, libro 3°; Suetonio, *in Caes.*) Su sentido literal, segun la version de los autores latinos, es: «Nam si violandum est jus, regnandi gratia violandum est; in aliis rebus pietatem colas.» Cf. Euphemus, apud Tucídides, libro 6°: Nada hay de irracional en aquello que es útil á los reyes y á los Estados.»

más, etc., etc.:—tal es la política asfixiante del *Príncipe* y del *Arte de Prudencia*, y la que en mayor ó menor grado profesan encubiertamente los más, áun aquellos que fingen abominar del secretario florentino y del jesuita aragonés. Le ha faltado á la política un concepto ético y orgánico del derecho, para emanciparse de esa tradicion al par doctrinal y práctica, que informa todavía la vida pública. La direccion formalista que, desde Kant, viene confundiendo el derecho con la libertad, más bien la ha servido que contrariado. Estaba dentro del dogma hegeliano consagrar los hechos, buenos ó malos, sacando de la historia una filosofía, y autorizando todas las torpezas, con darles título de derecho: lo que ha sido, lo que viene siendo, eso es lo racional. Y en cuanto al positivismo, ¿qué extraño es que reduzca la política á la utilidad, y extreme y recrudezca la doctrina de Bentham, él, que principia por hacer del Estado un sér físico, producto de la naturaleza? Oigase á Hegel y Vera. Segun ellos, hay esferas que crean derechos propios y especiales: el derecho de las revoluciones no puede juzgarse por las reglas ordinarias, porque si tal se hiciera, no tardaria en encontrársele lados y aspectos injustificables, que sin embargo viene luego la historia á legitimar: lo que no es verdadero y justo en un momento de la historia, llega á serlo en otro: el derecho de la historia se diferencia del derecho comun y de todas las demás esferas interiores del derecho, porque la historia se mueve en otro círculo, en otras relaciones, y hay momentos en que hasta es lícito faltar á la fé de los tratados: el derecho de los grandes hombres no puede medirse prosáicamente, con la medida que se aplica á la generalidad, cuando infringe la ley, el derecho, la razon: es ese el juicio de los pobres de espíritu, de los pedantes y maestros de escuela: un grande hombre tiene altas funciones que cumplir, y le está permitido hacer lo que no es lícito á un hombre del vulgo (1). Tambien Taparelli ha involucrado los dos principios de la utilidad y la justicia, por no acertar á discernir lo propio de uno y de otro principio, y tambien, como consecuencia, se han

(1) Vera, *Introduzione alla filosofia della storia*. cap. 4°, § 6°.

engendrado en su pensamiento gravísimas confusiones, no bien ha llegado á las más delicadas y trascendentales aplicaciones del derecho á la vida, viniendo á coincidir en este punto con las más exajeradas conclusiones del positivismo. En primer lugar, confunde el derecho de vivir una sociedad, con el derecho de vivir con justicia, y reduce una cuestion en que se debate el derecho de los pueblos, á una cuestion personal de soberanos, dando al olvido su propio principio de que la autoridad existe en la multitud y para la multitud: luégo, distribuye arbitrariamente los derechos entre el usurpador y el pretendiente, atribuyendo á aquél la autoridad civil y á éste la política; y pasando por supuestos tan gratuitos como el de que no puede usar ninguna autoridad, en defensa de la justicia, medios que causen ruina, llega como consecuencia á declarar incompatibles los deberes del militar con los del padre de familia, y á ponerlos uno enfrente de otro, para reñir acerca de la persona del soberano. Por negar á la sociedad el derecho de mudar, al tenor de su civilizacion, las formas de su organismo político, llega al punto de establecer un divorcio entre la utilidad y la justicia, y de pronunciarse á favor de aquélla, por temor de desquiciar la sociedad si opta por ésta: reconoce la prescripcion de lo que no fué justo en su orígen, y emulando á Guizot, y áun exagerándolo, acusa de injusta á la justicia que se obstina en hacer valer sus fueros y en no reconocer esa mágica trasformacion de la violencia en perfecto derecho por arte del tiempo! (1) Á esto se llega cuando se carece de principios, y toda esta importancia entraña el problema de la distincion entre la justicia y la utilidad.

La distincion, he dicho, y no la antítesis ni la contraposicion. Entre el derecho y la utilidad existe perfecto acuerdo, sólo que ese acuerdo trasciende de ellos, y las escuelas han

---

(1) *Saggio teoretico de diritto naturale*, t. I, cap. 5°, arts. 1° y 2°. ¡Cuánto más original, cuánto más profundo, cuánto más humano nuestro Donoso Córtes, en este punto de la teoria de la legitimidad y de los gobiernos de hecho! Vid., *Consideraciones sobre la Diplomacia* (Obras, t. I. p. 80.) Con respecto á Guizot, para quien existe una amalgama intima é inevitable entre la fuerza y el derecho, en cuanto existe y sucede sobre la tierra, vid. *Historia de los origenes del gobierno representativo*, t. II, leccion 18 et al.

solido cerrarse voluntariamente el camino por donde podian haber llegado hasta el punto en que uno y otro principio se dan la mano. La Utilidad es una categoría universal, que abraza toda la realidad: en ella se contienen, coordenada y sistemáticamente, como utilidades particulares, la económica, la jurídica, la moral, la religiosa y demás: siendo coordenadas, y ocupando cada una un propio lugar, no son posibles conflictos entre ellas: la vida los ofrece á menudo, pero son conflictos únicamente en la apariencia. No todo lo útil es derecho, pero todo el derecho es utilidad, y utilidad que no puede sustituirse con otra, cuando se trata de condicionar fines jurídicos. Por esto, lo más justo es juntamente lo más útil: ya lo sospechó Platon en muchos lugares de su *República*. Tal acto injusto que nos parece útil en un aspecto, deja de serlo y es dañoso en otros. Si todos los hombres, si todos los pueblos pudiesen ver las consecuencias últimas, finales, de sus actos, entre dos caminos, escogerían siempre el más justo, porque verían que de inclinarse al que parecia brindarles mayor provecho, sacrificaban á ese provecho inmediato otro ú otros de infinito más precio que él. Panaetio y Ciceron, en la antigüedad, notaron muy discretamente que lo honesto no está en oposicion con lo útil, sino, á lo sumo, con lo que parece útil: no pueden juntarse en un acto la utilidad y lo contrario á lo honesto (*turpitudo*): por un error deplorable, creen ver los hombres á menudo su utilidad fuera de lo honesto, y de ahí los asesinatos, robos, concusiones, suposicion de testamentos, espoliacion de los aliados y de los ciudadanos, la ambicion de dominar sobre un Estado libre, etc.: no hay cosa que haya sido tan perniciosa á la vida como la opinion de aquellos que separan en la práctica lo útil y lo honesto, que sólo en el pensamiento pueden separarse (1). Es uno de los mayores méritos del estoicismo el haber adivinado esta suprema armonía entre la utilidad y el derecho, que después ha encontrado más re-

(1) V. el razonamiento de Ciceron, *De officiis*, libro 2°, cap. 3°, y libro 3°, capítulos 7° y 8° principalmente. «Ac primum in hoc Panaetius defendendus est, quod non utilia cum honestis pugnare, aliquando posse dixerit,—neque enim ei fas erat,—sed ea quae viderentur utilia, etc.»

flexiva acogida en el vasto armonismo leibnitziano. Tambien Puffendorf ha distinguido muy bien la utilidad relativa, que sólo procura un bien pasajero y del momento, de la utilidad fundada en la recta razon, la cual no considera tan sólo lo que está delante de los ojos, sino que prevé las consecuencias qué pueden surgir en lo venidero (1). Por correr tras de su conveniencia, tal hombre ó tal pueblo escarnecen el derecho de otro pueblo ó de otro hombre, y es como quien arroja la pelota contra la pared. La injusticia es un arma de dos filos; al herir con ella á los demás, nos herimos á nosotros mismos: cerramos las fronteras á los productos extranjeros, y nada padece tanto como la produccion nacional: ya lo probó Bastiat; falta un país al derecho de los extranjeros, v. gr., no juzgando sus actos segun el estatuto personal ó formal, y los primeros á resentirse de ello son los nacionales que han pactado con ellos; negamos á los demás lo que es debido á sus fines, y como que les autorizamos á ellos para que nos nieguen á su vez lo que nuestros fines racionales han menester. Quien al cielo escupe, en la cara le cae, dice el refran español, y no hay cielo como el cielo del derecho en eso de rechazar por la misma vía el daño que se le infiere, ni gravitacion más irresistible que la que atrae, por una como fatal repercusion, sobre cada hombre ó pueblo, los efectos de su proceder justo ó injusto. En el órden universal del mundo, el derecho de todos los séres es solidario. Por esto, áun bajo el punto de vista de la utilidad temporal, conviene ser bueno. Con profundo sentido lo dice, en una ingeniosa metáfora, el proverbio inglés: *the deavol is an ass* (el diablo es un borrico). Antes dije que el hombre de bien, al ejecutar un acto, no se interroga sino esto: ¿es justo? Ahora añadiré que el hombre que sólo se guia por interés y cálculo, si verdaderamente es buen matemático, tampoco se preocupará de más, porque en aquella pregunta va envuelta esta otra: ¿es útil? Hace diez y nueve siglos que lo enseñó Cristo á los hombres: buscad ante todo el reino de Dios y su justicia, y lo demás se os dará por añadidura. Y el buen sen-

(1) Puffendorf, *De jure nat. ac gent.*, libro 2°, cap. 3°, § 3°.

tido de nuestro Feijóo le hizo comprender, cuando aún imperaba el semi-maquiavelismo de Gracian, y era error comun la incompatibilidad entre la utilidad y el derecho, que «la política más fina y más segura, áun para lograr las conveniencias de esta vida, es la que estriba en justicia y verdad (1).»

7. Resúmen de esas categorías y definicion del derecho.—De todo el proceso que antecede, resulta que integran la nocion del derecho las siguientes notas categóricas:

1ª El Derecho es un principio de *direccion* para la voluntad, y por tanto, independiente de la voluntad y superior á ella.

2ª Es tambien un principio de *libertad*: su realizacion no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptacion del sujeto racional: la coaccion es un factor accidental de la vida del derecho, pero no entra en él como un elemento componente.

3ª Es además un principio de *beneficencia*: consiste en ejecutar libremente algun bien. En estas tres categorías (actividad, libertad, bien), comulga con el derecho la moralidad.

4ª Es un principio de *condicionalidad*; y en esto se separa ya de la moralidad: no ejecuta el bien sustantivamente, por el bien mismo, sino con la mira de servir á otro bien, esto es, como medio ó condicion para cumplir algun fin á que el hombre viene obligado por su misma naturaleza.

5ª Es un principio *racional*, y en esto se diferencia de la mera relacion de utilidad; no todos los medios ni todos los fines son jurídicos: no es derecho la prestacion de medios malos, ni tampoco la prestacion de medios buenos á un fin malo.

6ª El derecho no es un principio de *reciprocidad*: el mútuo respeto, la permuta de utilidades y servicios, etc., nacen del derecho como una consecuencia, pero no lo constituyen: el derecho es independiente de la reciprocidad.

Figuran, pues, en el concepto del derecho los siguientes elementos compuestos: actividad libre; realizacion de bien como medio; realizacion de bien como fin; racionalidad de fin

(1) Feijóo, *Teatro crítico*, discurso «La politica más fina.»

y de medio. O más breve: *fin* racional; *medio* adecuado á él; prestacion de este medio á aquel fin por *actividad* racional. La actividad espiritual no se cierra toda en esta prestacion; conoce otros modos ó formas de obrar el bien: ya hemos visto que una de ellas es la moralidad, otra la religion, y otra la ciencia. El derecho es una de las formas ó maneras que tiene de obrar el bien ó de realizar los fines la actividad del espíritu, á saber: la que consiste en condicionarlos con utilidades positivas. No dice, pues, el derecho nada de *lo que* la actividad es, sino *cómo* obra: es por tanto una propiedad formal. Y como la actividad es á su vez propiedad ó atributo de los séres, y de ella predicamos el derecho, y á ella se lo atribuimos inmediatamente, el derecho es una propiedad formal de otra propiedad.

En conclusion: «*Derecho es la prestacion de bienes ó condiciones á fines racionales por una actividad libre.*» Y como la condicionalidad envuelve implícitamente la idea de aplicacion efectiva de una utilidad á un fin, podemos eliminar la expresion del elemento actividad: *Derecho es el órden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales.* Y como no se obra el bien cuando se sirve fines irracionales, y como no hay libertad sino donde se obra el bien, todavía puede considerarse redundante la parte final de esa definicion, y decirse: «**Derecho es el órden de la libre condicionalidad.**»

Un sencillo símil hará de más fácil comprension este concepto, y pondrá de bulto el papel que desempeña en el derecho el albedrío. La actividad fisiológica tiene como fin desarrollar la esencia ideal, el tipo morfológico, encerrado potencialmente en la semilla, valiéndose para este efecto de medios que encuentra en el seno de la naturaleza; pero esa actividad no puede revestir nunca forma jurídica, porque carece de albedrío, y carece de albedrío, porque no es conscia. En una bellota se contiene virtualmente una encina: para desplegar esa encina virtual, para hacer efectiva esa esencia posible, la actividad latente en la semilla se pone en accion; con la materia de los cotiledones, crea órganos, hojas y raíces; con las hojas, se apodera del carbono de la atmósfera; con las raíces, recoge

del suelo sales, ázoe, oxígeno, hidrógeno; y así como el escultor da cuerpo en el mármol ó en el bronce á la estátua que cinceló en la fantasía, la actividad fisiológica vegetal combina aquellas diversas sustancias que los órganos le proporcionan, y va lentamente encarnando en ellas la encina virtual que ántes residia como una posibilidad, como una idea dormida, en el centro dinámico de la bellota. Por un proceso idéntico, educe la actividad fisiológica un animal perfecto del huevo ó del óvulo fecundado, en cuyo núcleo ántes se escondia como una potencialidad. La vida del sér natural es una contínua prestacion de medios hecha por sus órganos á los fines de su crecimiento y desarrollo, de su conservacion y renovacion, de su reproduccion ; pero ninguna de esas prestaciones es jurídica, porque la relacion entre el fin y los medios es fatal y necesaria, porque existe solidaria continuidad entre la actividad del sér condicionado y las actividades naturales donde residen las condiciones ó los medios, porque carece el sér de voluntad; obra el bien, condiciona fines conformes con la naturaleza de las cosas, pero lo hace sin saberlo, sin quererlo, y sin poderlo dejar de hacer. Si los órganos, las raíces, los estambres, el pulmon, el corazon y demás, y en general, el árbol ó el cuerpo del animal ó del hombre tuviesen conciencia de la funcion que desempeñan, y la ejercieran en la forma que ahora, no por un ciego y fatal impulso, sino por la conviccion de que esa era la mejor forma de servir al fin á que están adscritos, su actividad sería jurídica, y con sus hechos establecerian costumbres: hoy no pasan de tener hábitos, efecto de su adaptacion al medio ambiente, que es variable. Una vez desarrollado y perfecto, el árbol presta á los fines de nuestra vida medios abundantísimos: frutos dulces y sabrosos, pendientes de sus ramas; en sus valientes troncos, cortezas y madera de aplicaciones infinitas; luz, miel, calor vital, medicamentos, refrigerantes, en sus jugos y sávia; con sus raíces sujetan la tierra en las montañas, y con sus hojas aprisionan el agua de lluvia, para que no se seque la vena de los manantiales, ni se hinchen y desborden los rios é inunden los campos y las poblaciones tendidas por los valles; pero ninguno de estos ser-

vicios es jurídico, ni se lo agradecemos al árbol, como no se lo imputamos á delito ni lo castigamos, si por acaso una rama desgajada nos causa daño, ó nos faltan los productos con que contábamos para nuestro sustento corporal. Si aquella metáfora de los poetas que representan á los árboles alargando sus próvidas ramas como otros tantos brazos, y convidando liberalmente al hombre con su dulce y sazonado fruto, se trocase en una realidad lógica, ese hecho libre sería hecho de derecho, ó hecho moral, ó las dos cosas á un mismo tiempo. Y viceversa, si el hombre, cuyo más noble distintivo es el albedrío, llegase á perder éste y se hiciera semejante á un árbol, sus actos dejarian de ser actos jurídicos; que es lo que accidentalmente sucede, cuando por demencia, embriaguez, sonambulismo, sueño, delirio causado por accesos de fiebre, etcétera, pierde aquella facultad, y en tal estado, firma un contrato ó un acta, ó causa un daño en propiedad ajena, ó hiere á una persona, ó le niega los servicios que le eran debidos. Al punto que la libertad desaparece, se ausenta la responsabilidad.

CAPITULO II.

SUJETO DEL HECHO.

8. Doble posicion de la actividad jurídica.—*La actividad del sujeto de fines en razon del fin y en razon del medio. La actividad del sujeto de medios en razon del medio y en razon del fin. La exigencia y la obligacion.*—La funcion de la prestacion del medio al fin se realiza en dos distintos momentos: por el primero, el medio entra en la esfera de actividad del sér ó sujeto en quien residen los fines, ó se ponen á su alcance, se hacen para él disponibles, asimilables: por el segundo, el sujeto de fines se apropia, se asimila el medio, para que salgan estos de su potencialidad, y vengan á ser cumplidas realidades. Unas veces, entrambas subfunciones son desempeñadas por una misma persona, juntándose en uno la doble cualidad de sujeto de fines y de sujeto de medios. Tal sucede con todo ese órden de condicionalidad inmanente, no apropiable por otro que por el mismo sujeto, y con ese otro órden de condicionalidad exterior *nullius*, procedente de la naturaleza y de la historia, que constituye su medio ambiente, y cae, por tanto, dentro de su esfera de actividad. Pero no son suficientes los medios de que puede disponer ó que puede apropiarse un sujeto para realizar todos sus fines: nadie se basta á sí propio, áun en el instante de haber alcanzado la plenitud de su desarrollo, y sentirse con perfecta salud: le es menester el concurso de sus semejantes, en grado tanto mayor, cuanto más elevada sea su

cultura. El hombre que pretendiera emanciparse del auxilio de la sociedad, descenderia de grado en grado por toda la escala de la civilizacion, hasta hacerse confinante con el bruto: se pasaria sin bienes ajenos, pero no realizaria sus fines, no desarrollaria su naturaleza esencial: lo humano quedaria en él como dormido y en estado embrionario: vegetaria, viviria la vida del árbol ó la del animal; no viviria la vida del hombre. Es, pues, inexcusable el concurso de otras actividades, y para este caso, media la posibilidad de que las dos subfunciones dichas sean desempeñadas por personas diferentes. Pero no indistintamente. De las dos, puede la primera ser confiada á un sujeto diferente de aquel en quien radican los fines, pero la segunda no: yo puedo poner al alcance de su mano medios materiales de subsistencia; al alcance de su oido ó de su vista, las verdades que constituyen la educacion necesaria para vivir en tal ó cual círculo de la sociedad; puedo envolver al sujeto pervertido en una atmósfera de bien y de salud, rodearlo de medios correccionales: lo que no puedo hacer es que el sujeto se los asimile, ingiera los alimentos, escuche los consejos, acoja en su espíritu las verdades y se someta dócilmente á ellas, que haga sustancia propia y carne de su carne esos medios físicos ó espirituales con que he pretendido condicionar sus fines. Hemos de considerar, por tanto, la posicion del sujeto en un doble respecto, correspondiente á los dos momentos de la prestacion: como *sujeto de medios*, y como *sujeto de fines*.

Por otra parte, el derecho es un elemento constitutivo de nuestra naturaleza racional, y no depende, por tanto, su cumplimiento de nuestra voluntad abstracta, sino que es anterior y superior á ella, la rige y la domina: subyugados á sus mandatos, estamos obligados á acudir en pro de todo buen fin con cuantos medios le sean necesarios y dependan de nosotros. Lo cual no es cualidad privativa del derecho: todos los elementos que componen nuestro sér (y ese es solo uno de ellos), en cuanto pide ser realizado libremente por nosotros en forma de sucesion y continuidad, constituye un *deber*, un débito ó deuda que obliga á nuestra actividad: *debemos* realizar, vivificar, en-

carnar en hechos, mostrar en nuestra vida, todo lo que en nosotros hay de factible, todas las esencias ó sustancialidades que nos constituyen y por las cuales somos, porque en esa realizacion consiste nuestra vida, y mediante ella se cumple nuestro destino en el mundo. El derecho, como una de ellas, se encuentra en este caso: el derecho *debe* ser cumplido, el bien jurídico *debe* ser realizado, los preceptos de la razon jurídica *deben* ser obedecidos. Ordinariamente suele considerarse el deber jurídico como algo, no sólo diferente del derecho, sino opuesto á él: no he de recordar aquí cuán perniciosos frutos se han engendrado de este error. Ese deber no es sino el derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relacion de potencialidad ó posibilidad á efectividad, y por tanto, va incluido en el concepto mismo del derecho: no hay derecho sin deber; no hay deber sin derecho. La actividad libre del sujeto racional, desplegando su virtualidad, haciendo histórico, real, positivo, lo que es en él latente, despertando á la vida lo que en él duerme el sueño de la idea, se halla colocada entre un *poder* y un *no poder*: puede hacer eso que hace, mas no puede dejar de hacerlo: la *posibilidad* del ser, los fines posibles en él, van acompañados de necesidad: su realizacion es debida: no es potestativo en el sujeto, súbdito de los fines, ejecutar ú omitir los actos necesarios para cumplirlos. O de otro modo: el derecho es juntamente deber ú obligacion: lo posible es obligado, debido y necesario, por exigencia de nuestra naturaleza. Abraza, pues, el derecho dos distintos aspectos: 1° el de la *exigencia*; 2° el de la *obligacion*; y tanto el uno como el otro se dicen del todo de la actividad y de cada uno de sus momentos ó subfunciones.

Combinando entre sí estos cuatro elementos, resultan para la actividad del sujeto jurídico cuatro distintas posiciones:

A.—Actividad del sujeto de medios:

a. Obligada con respecto al medio;

b. Exigente con respecto al fin.

B.—Actividad del sujeto de fines:

a. Obligada con respecto al fin;

b. Exigente con respecto al medio;

ó lo que es lo mismo, el derecho se manifiesta en cuatro distintas direcciones:

A.—Como exigencia ó pretension:

a. Exige el fin que la actividad del sujeto de medios se los preste.

b. Exige el medio que la actividad del sujeto de fines se lo asimile.

B.—Como obligacion:

a. El sujeto de medios la tiene de prestar los medios al fin.

b. El sujeto de fines la tiene de asimilarse esos medios.

No ha de perderse de vista que tanto en la exigencia como en la obligacion, está todo el derecho, y por tanto, todo el deber; que es una abstraccion funesta del entendimiento, sin eco en la razon ni correspondencia en la realidad, lo que ha hecho concebir la exigencia ó pretension como un derecho sin deber, y la obligacion como un deber sin derecho, entendiendo erróneamente que el deber sólo dice relacion al sujeto de medios, y el derecho sólo al sujeto de fines. No se ha menester gran esfuerzo de imaginacion para comprender la sinrazon de estas abstracciones, que la ciencia contemporánea ha heredado de la tradicion. Para simplificar el razonamiento, pongámonos en el caso de que el sujeto de medios y el sujeto de fines sean diferentes (1).

Aa)—Que como séres de derecho nos creemos obligados respecto de los fines, y no respecto del sujeto en quien radican estos, es cosa obvia y que ya pusimos en claro al definir el derecho como un órden de finalidad (§ 6). Nuestros fines no son únicamente los que residen en nosotros, sino los existentes en todos los séres, aunque en distinta relacion y grado: determínase en todos ellos indistintamente la naturaleza humana,

(1) Las consideraciones que siguen se limitan al derecho humano, y al sujeto jurídico como sujeto conscio de su derecho, esto es, como persona. A la Filosofía del Derecho toca determinar el concepto general de sujeto jurídico, que en el respecto de condicionado (sujeto de fines), se extiende á todos los séres (Vid., *Principios de Derecho natural*, por F. Giner y A. Calderon, p. 38 y sigs.), y que, en el de sujeto de medios, abraza tal vez, además del hombre, á los animales, si bien en un grado rudimentario.

y nosotros, como manifestaciones temporales de ella, estamos obligados para con todos ellos, hállense dentro ó fuera de nosotros. Por otra parte, los fines son, con respecto á nosotros, algo como pasivo, no nos hacen bien ni nos causan daño: están dados como una posibilidad que reclama de nosotros, en tanto que activos, los medios conducentes á su realizacion: la obligacion que tenemos para con ellos no se altera, ni ménos se extingue, porque el sujeto en quien están radicados se conduzca mal con nosotros, ó se halle incapacitado para servir á los fines radicados en nosotros, ó pudiendo, les niegue los medios ó las prestaciones que de él dependen: le debemos esos medios, áun cuando desconozca la existencia de fines en él y la necesidad en que está de los medios que le prestamos, y desconociéndola, los rechace. La cualidad de exigente no depende de la de condicionante, sino que se da sin ella y áun contra ella. Hay en el hombre injusto, en el criminal, en el niño, en el nonnato, en el loco, fines racionales que cumplir, que constituyen para nosotros otros tantos deberes, áun cuando ninguno de estos sujetos haga valer su derecho, por falta de desarrollo ó torcimiento de su voluntad; áun cuando nos desirva y dañe ó amenace por aquello mismo en que lo servimos, porque lo que nos desirve no es el fin, sino el sujeto, y nosotros no servimos al sujeto, sino al fin; áun cuando nos releve del servicio debido á esos fines, ó nos autorice para contrariarlos, porque no tiene sobre ellos autoridad ninguna, ántes bien es súbdito suyo. La máxima *volenti non fit injuria* envuelve una ofensa inferida á la razon humana, y no responde, por fortuna, al sentimiento del derecho que domina en nuestro tiempo: ya las Partidas declararon nulo el contrato en que se promete no reclamar el dolo ó el hurto que una persona haga en adelante á otra (1). Por esto alimentamos y educamos al niño, sanamos al demente, cuidamos y corregimos al criminal, respetamos al muerto y cumplimos su voluntad, y nos sentimos obligados en ley de justicia para con la Naturaleza y cada uno de sus séres, en quienes tambien reconoce fines la

(1) Part. 5ª, tit. XI, ley 38.

razon. Por esto, tambien, ha establecido la ley el beneficio de competencia en provecho del deudor que cede sus bienes al acreedor, y declara ese beneficio irrenunciable (1). Ya Séneca vislumbró esta gran verdad, que al cabo de diez y nueve siglos no ha logrado penetrar sino parcialmente en la conciencia de la humanidad, cuando dice que los beneficios prestados por los dioses á los hombres y por los padres á sus hijos, quedan subsistentes, áun cuando estos los repugnen ó los rechacen. «Es indudablemente un beneficio ser útil á un hombre áun á pesar de él, y no lo es serle útil contra nuestra voluntad. ¡Cómo! ¿Llamais beneficio á una accion que aflige ó atormenta? Si. Muchos beneficios tienen apariencias tristes y rigorosas. No debe considerarse si el que recibe el beneficio se queja, sino si debe alegrarse... ¿No ves cómo los padres obligan á sus hijos, desde la más tierna edad, á sufrir contradicciones saludables? A pesar de su llanto y de su resistencia, les rodean de cuidados diligentes. Por temor de que una libertad precoz deforme sus miembros, los constriñen á fin de que se desarrollen en una direccion conveniente. Pronto les inculcan las artes y las ciencias, y triunfan de su mala voluntad por medio del temor. Más tarde, acostumbran su juventud impetuosa á la frugalidad, al pudor, á las buenas costumbres, y si son indolentes, les obligan á ellas. Aun en su adolescencia, cuando ya son dueños de sí mismos, si rechazan por temor ó por intemperancia los remedios saludables, se les sujeta por la fuerza y la servidumbre. Así, los mayores beneficios de la vida son los que recibimos de nuestros padres sin saberlo ó sin quererlo (2).»

Otro corolario que se desprende de la doctrina que precede, es éste: los medios deben proporcionarse á la naturaleza y al grado potencial del fin, ó sea, de la necesidad, en manera alguna á los méritos ó deméritos del sujeto en quien el fin reside: no se deben prestar medios incongruentes con el fin, ni en proporcion menor ni mayor de lo que el fin requiere para ser cumplido. A cada cual segun la capacidad y las necesidades

(1) Part. 5ª, tít. v, ley 2ª.—El Código de Portugal prohibe hacer objeto de contrato los alimentos debidos por derecho de familia, artículos 1556, 2042, etc.

(2) *De beneficiis*, lib. v, 19, 20; lib. vi, 24.

demostradas por sus fines. La naturaleza humana se expresa y manifiesta en cada indivíduo de un modo original, peculiarísimo, distinto del de los demás, y por consiguiente, el derecho, con ser uno en todos ellos, como propiedad esencial de la naturaleza humana, ha de particularizarse, individualizarse en la aplicacion, á influjo de las diferencias que constituyen el *carácter* distintivo y la fisonomía de cada uno, y que lo separan de los demás. Las fuentes principales de estas diferencias son: el sexo y la edad, en concepto de permanentes; y como accidentales, la ausencia, el crímen, la locura total y parcial, la miseria, la enfermedad corporal. No damos igual alimento al sano que al enfermo; no reconocemos poder electoral al ignorante del mismo modo que al sábio; no legislamos el principio natural de la tutela para los adultos, ni el principio del matrimonio para los niños; no sirve una misma forma de gobierno para pueblos infantes ó que han recaido en incapacidad, que para pueblos cultos; los medios correccionales que son buenos para corregir á un gran criminal, podrian ser inconvenientes é injustos aplicados á otro ménos culpable. Concédase derechos políticos á un ignorante, y se atenta á su derecho por exceso, por falta de proporcion entre la finalidad y los medios. Emancípese y abandónese á sí propio á un esclavo que no sabe hacer uso de la libertad, y no se infringe ménos su derecho que cuando se reduce á esclavitud á un hombre libre. Toda situacion particular requiere un derecho particular tambien. De aquí los llamados privilegios y beneficios de derecho ó *jus singulare*, que los romanos creian fundado en una *utilitas* ó una *necessitas* distinta del derecho: para nosotros, los llamados privilegios caben perfectamente dentro del concepto del derecho, no siendo su naturaleza una simple exencion de la ley comun, ni su fundamento la arbitrariedad ó el favor, sino el estado peculiarísimo de una persona, ó la naturaleza especial de un asunto ó de un género de asuntos ú objetos que ha hecho necesaria una disposicion de derecho sólo aplicable á ellos: y si bien es cierto que hay monopolios é inmunidades, forzosamente han de comprenderse en el *jus singulare*, ó de lo contrario, no son derecho, sino injusticia, por-

que donde hay una misma razon de derecho, no pueden hacerse valer dos criterios ni dos reglas diferentes. Muy bien dijeron los autores del Código de las Partidas que el rey, para vivir derechamente, segun mandamiento de Dios, debe departir y dar á cada uno *su derecho, así como merece y le conviene* (1). Séneca, que entre tantas fútiles y escolásticas cuestiones como plantea y discute, ha dejado deslizar profundas verdades en su tratado Sobre los Beneficios, bien que estimando éstos, no desde el punto de vista del deber, como prestacion de medios debidos á los fines humanos residentes en nosotros y en los demás, sino en su relacion exterior, como bien arbitrario, como *gracia*, y cuando más, como realizacion moral del bien, hubo de entrever esta ley de proporcionalidad, al ridiculizar un rasgo de soberbia de Alejandro. Como alguno, temeroso de la envidia que despertaría la merced que le hacía de una ciudad, le manifestase su temor, replicóle el conquistador macedonio: No miro lo que te conviene recibir, sino lo que es propio de mí dar. «Nada, dice Séneca, conviene de por sí á cualquiera: todo depende del objeto, de la persona á quien se ofrece, de la ocasion, del lugar, y de otras muchas circunstancias sin las cuales no se determina la razon del hecho. ¡Bestia preñada de orgullo! si al otro no le conviene recibir, tampoco está bien que tú des: *si illum accipere hoc non decet, nec te dare* (2).»

Ab)—Esto por lo que respecta á la obligacion en que estamos, como sujetos condicionantes, respecto del sujeto de fines. Pero no se cierra en esto el ciclo de la relacion jurídica: no se ha satisfecho todavía con eso la necesidad: nuestra actividad ha ejercido la primera subfuncion: la actividad del otro sujeto ha de desempeñar la segunda, para que se perfeccione y cause su efecto la prestacion; y en este respecto, el dicho sujeto, de exigente y activo que era, se convierte en obligado y pasivo con relacion á nosotros. Es deber en nosotros proporcionarle medios, y es deber en él aceptarlos y asimilárselos. El objetivo, el término de nuestra «actividad en relacion» está en esos

(1) Part. 2ª, tit. v, ley 9ª.
(2) *De benef.*, lib. II, 16.

fines del otro sujeto, pero sin el concurso de la actividad de éste, rara vez pueden llegar hasta ellos los medios que les suministramos: es, por tanto, esencial su cooperacion, para que no resulte ineficaz ni estéril nuestra obra. Cuando prestamos medios á un árbol, agua, sales, calor, injertos, etc., como sean conformes á su naturaleza, nuestro propósito se logra indefectiblemente, porque entre esos medios y el fin existe una solidaridad necesaria, y se produce una absorcion fatal por parte de la actividad del árbol, sin que sea éste libre de rechazarlos y de mantenerse extraño á su influjo y accion. No así cuando la prestacion se hace á un hombre, porque aquí no existe continuidad entre los medios y el fin; interpónese la sustantividad del espíritu, y es indispensable la libre accion del sujeto condicionado como complementaria de la del sujeto condicionante. De este modo, alcanza el deber á entrámbos: debe éste cumplir á aquél la prestacion debida; pero debe tambien aquél aceptarla, continuarla y hacerla eficaz. Aquél puede exigir y debe aceptar: éste debe prestar y puede exigir que le sea aceptada la prestacion. No haciéndolo así el sujeto condicionado, ofende la santidad del derecho, y debe reparacion al condicionante. Por esto, el derecho social ha discurrido medios en favor de éste para obviar la negativa de aquél en la parte en que eso era posible: sirva de ejemplo la consignacion en pago.

Ba)—Invirtamos ahora la relacion: pongámonos en el caso de sujetos condicionados. Que como tales sujetos de fines nos creemos autorizados para exigir de los demás aquellos medios que están dentro de su esfera de actividad, y que para realizar aquellos fines nos son necesarios; que juzgamos á los demás obligados, no precisamente para con nosotros como meros sujetos, sino para con los fines humanos individualizados en nosotros, es llana deduccion que brota espontáneamente del concepto del derecho, como órden que es de finalidad. Es cierto que no siempre esa pretension ó exigencia jurídica puede traducirse en una accion civil ó criminal; que si se nos niegan esos medios debidos, las ménos veces podemos pretenderlos ante los Tribunales; pero hay mucho más derecho que el derecho justiciable, y no por eso reputamos por ménos injus-

tos á los que de tal modo infringen ese deber en que están por razon de su naturaleza racional, en la cual ellos y nosotros comulgamos. Cuando éramos niños (pensamos), careciamos de facultad de obrar, nada podiamos dar en trueque de los servicios que otras personas nos prestaran; y sin embargo, habia fines en nosotros, y como habia fines y necesidades en nosotros, teniamos derechos, y estos derechos constituian para los demás otras tantas obligaciones jurídicas, y fueron los demás injustos con nosotros y violaron su derecho y el nuestro, que es decir, el derecho de la humanidad, siempre que dejaron abandonados esos fines, áun cuando nosotros no formulásemos de un modo positivo la pretension ó exigencia de medios, que no podiamos ó no queriamos formular. Pues en idéntico caso nos encontramos durante toda la vida, ya que, sustancialmente, en nada afecta á esta relacion el que, á medida que se va desarrollando en nosotros la facultad de obrar, nos vayamos constituyendo en otro respecto en sujetos de medios con capacidad para condicionar nuestros propios fines y los ajenos.

Bb)—Esto por lo que concierne á la facultad que tenemos como sujetos de fines, con respecto á los sujetos de medios ó condicionantes. Pero tambien aquí ostenta el derecho su otra faz, la faz de la obligacion: tambien en el sujeto de fines se corresponden deber y derecho, ó más bien, obligacion y pretension: por razon de los fines que hay en nosotros, *podemos* reclamar las condiciones útiles que les sean necesarias: como sujetos activos, es deber nuestro ejercitar ese poder, debemos reclamar y aceptar é incorporarnos esos medios que nos son debidos ó que espontáneamente se nos prestan. Los primeros obligados para con nuestros fines, somos nosotros mismos: en segundo término, vienen los demás: si nosotros no contribuimos con lo que depende de nuestra actividad, con la aceptacion y apropiacion del medio á su fin, en vano será puesto á nuestro alcance por los demás: el fin no quedará realizado. No nos es lícito en conciencia rechazar el concurso y auxilio que nos ofrecen, en cumplimiento de su deber, nuestros semejantes, aunque á ello nos instigue alguna vez un sentimiento de orgullo: el principio de la justicia, que es uno de los elementos

de nuestro sér y una de las virtudes de nuestra alma, nos obliga á hacer presente nuestra necesidad á aquellos que poseen medios con que satisfacerlas, por más que nos haga titubear y nos contenga un mal entendido amor propio: tampoco estamos autorizados, en ley de razon, para dejarnos vencer á la pereza, que nos aparta á veces del trabajo y esfuerzo necesarios para poner en movimiento nuestra actividad, y efectuar la incorporacion y asimilacion del medio á su respectivo fin; ni ménos podemos dejar de recabarlo, si por ventura se nos niega por quien debe prestarlo. Pasiones todas esas bastardas, que tan fácilmente se apoderan del ánimo, y que el sujeto debe sin tregua combatir y vencer. Nadie puede renunciar al derecho, porque el derecho no es suyo; es de sus fines, y los fines son de la humanidad (1). Quien por miras interesadas y egoistas, por abandono punible ó por miedo á la lucha, ó por desordenado amor á la comodidad y sosiego material, no reivindica su derecho, ó se lo deja arrebatar, contribuye á crear un estado en que los poderes oficiales, tal vez con capa de libertad y de democracia, ejercen el despotismo más repugnante, y se hace reo de lesa humanidad. Debemos acostumbrarnos á mirar nuestros fines, y por tanto, el derecho que los condiciona á todos, como sagrado depósito confiado á nuestro cuidado y á nuestra guarda, y del cual no podemos ceder un ápice: debemos ser celosos del pormenor lo mismo que del conjunto: quien deja aportillar en lo más mínimo el alcázar de su derecho, no tarda en habituarse á los más graves atropellos, y el edificio se viene abajo sin remedio. «No es por el huevo, sino por el fuero,» decian nuestros antepasados, al rebelarse contra un atentado mínimo á sus libertades. Así desarrollado el sentimiento de la justicia en el indivíduo, reconocido por todo hombre el deber de defender su derecho en la esfera privada, hácese sin violencia campeon del derecho de los demás, y en vez de haber pugna y oposicion entre la au-

---

(1) Ya se entenderá que no nos referimos á aquel género de renuncias tácitas ó expresas de bienes, que da lugar á las instituciones jurídicas llamadas donacion, prescripcion de bienes, extincion de obligaciones, invencion ó hallazgo y otras.

toridad y el súbdito, se armonizan y auxilian mútuamente, y la justicia florece y reina en la sociedad. El grado de energía moral que el indivíduo despliega para defender su derecho y el derecho de los demás, mide el grado de cultura y bienestar de la colectividad.

Como el hombre es, á un mismo tiempo, sujeto de medios y sujeto de fines, al par que recibe condiciones de vida de los demás, préstaselos á los demás él á su vez, enjendrándose de aquí un comercio constante, que no es precisamente el derecho, como equivocadamente suele afirmarse por muchos (§ 6), pero que el derecho sostiene y regula. Nacen de aquí las llamadas relaciones *bilaterales*, fundadas en la igualdad de situacion y de circunstancias en que se encuentran los sujetos que las constituyen, y en la consiguiente reciprocidad de prestaciones con que unos á otros se sirven y condicionan sus fines. Mas no siempre el que necesita ser servido, puede servir: circunstancias esenciales unas veces (edad), accidentales otras (enfermedad, miseria, etc.), incapacitan al sujeto de fines para dar tanto como recibe; pero esto no mengua su derecho en una tilde, ni por consiguiente su deber: tambien las relaciones unilaterales son jurídicas, y por tanto, obligadas, cuando tienen su razon de ser en la desigualdad de situacion de los sujetos relacionados, ó en la incapacidad de uno de ellos, etc.—La asimilacion ó utilizacion del medio por una parte, y por otra su propósito y voluntad de servir á quien ahora le sirve, de condicionar los fines de quien ahora condiciona los suyos, son paga bastante del servicio recibido. El condicionante que efectúa su prestacion con mala voluntad, ó que la echa en cara al condicionado, ó que en algun tiempo se la retrae con ánimo de mortificarlo y humillarlo, quebranta el derecho de dos modos, principalmente: uno, privando á la prestacion del elemento motor é impulsivo, que es el elemento más característico, la voluntad, y no dejándole sino el material y externo: otro, afeando en el sujeto beneficiado una accion buena, cual es la de haber realizado un fin racional, poniéndole en tentacion de arrepentirse por haberla ejecutado, ó de no ejecutarla si está á tiempo, ó de retroceder si cabe el retroceso. La pres-

tacion en tales condiciones, es mil veces peor que la negativa, y hace bastante el sujeto condicionado con «perdonar al bienhechor su beneficio,» como dijo Séneca, ciertamente sin comprender todo el alcance y trascendencia de su dicho. Aunque yerra en algunos detalles, es verdadera en el fondo la doctrina que sienta en este punto el filósofo cordovés: «Oponiendo al beneficio una injuria igual, me hace libre de mi deuda, y si me ha lesionado más de lo que ántes me favoreció, no sólo se extingue en mí el deber de gratitud, sino que adquiero el derecho de vengarme y querellarme, al punto que en la balanza pesa más la injuria que el beneficio... De igual modo, un hombre hace algo por mí con benevolencia, con generosidad, pero á seguida me da pruebas de orgullo, de insolencia, de crueldad: me pone en disposicion de ser para con él tan libre como si no hubiese recibido de él cosa alguna: ha violado y despojado de toda virtud sus beneficios *(vim beneficiis attulit)*... A las veces, subsiste el beneficio, y sin embargo, no obliga, si la dádiva ha ido seguida de arrepentimiento, si ha sentido como una desgracia el haber dado, si suspiró al dar, si frunció el ceño, si creyó perder más bien que dar, si ha dado para sí y no para mí, si no ha cesado de insultarme, de vanagloriarse, de alabarse doquiera, de hacer amargo su beneficio... Hay mucha diferencia entre la materia del beneficio y el beneficio mismo. El beneficio no es el oro, ni la plata, ni nada de lo que recibimos de fuera: es la voluntad del bienhechor. El vulgo repara tan sólo en lo que se ve, y se palpa, y se posee, y por el contrario, hace poco caso de lo que tiene precio y valor en sí... Si el beneficio consistiera en la cosa y no en la voluntad de obrar bien, el valor de la cosa fijaría siempre el valor del beneficio, y sin embargo, no sucede así, porque á menudo me considero muy obligado para con una persona que me da poco, pero que iguala en su noble corazon las riquezas de los reyes, que me ofrece una modesta ofrenda, pero gustosamente, que al ver mi pobreza olvida la suya, que muestra no sólo voluntad, sino pasion por servirme, que al hacer el beneficio cree que es él quien lo recibe, que da como si tuviese la seguridad de que está recibiendo, que recibe como sino hubiese dado,

que aprovecha y áun busca la ocasion de favorecer. Por el contrario, por grande que parezca materialmente la ofrenda, carece de mérito, si es debida á la importunidad..., si el bienhechor titubeó, si se arrepintió, si suspiró, si dió con fausto, si hizo público su beneficio y no procuró complacer y agradar al beneficiado: no me dió á mí: dió á su vanidad (1).» En el mismo siglo, escribia San Mateo en su Evangelio, con referencia á Jesucristo: «No hagais vuestra justicia (limosna) (2) delante de los hombres, porque os vean: de lo contrario, no recibireis merced alguna de vuestro Padre que está en los cielos. Al hacer limosna, no hagais tocar la trompeta delante de vosotros, como hacen los hipócritas en sus sinagogas y en las calles, para que los hombres los honren: en verdad os digo, que han recibido con eso todo su galardon. Cuando hagais limosna, sea ocultamente, sin que la mano derecha sepa lo que hace la izquierda; que Dios, para quien nada hay secreto, os premiará.»

En conclusion: en la prestacion jurídica debe concurrir la voluntad (y ha de entenderse que la buena voluntad), por parte del sujeto de fines y por parte del sujeto de medios: si una de ellas falta, podrá realizarse el fin, pero imperfectamente, porque no se habrá realizado en forma jurídica ni en forma moral. Tanto en el uno como en el otro sujeto, se manifiesta en una doble direccion, activa y pasiva: el sujeto de fines, respecto del sujeto de medios, es activo, pero respecto de

(1) *De benef.*, lib. I, capítulos 5º y 7º, lib. VI, capítulos 4º y 7º. El sentido moral de la humanidad lo ha entendido siempre así, inspirando á los más elevados espíritus sentencias por este tenor:—Publicar los beneficios que se dispensan, es echarlos en cara (Demóstenes). Quien ensalza el bien que él mismo ha ejecutado, hace sospechar que no se ufana de él por haberlo hecho, sino que lo ha hecho para alabarse de él (Plinio el Jóven). Los más insignes servicios se reducen á nada con los indiscretos pregones del que los hace (Val. Martial). El espíritu maligno, cuando no puede impedir una accion buena, procura destruirla después de hecha, inspirando pensamientos de vanagloria, con que el hombre se complace y se admira de lo mucho que hizo, y merece con esta oculta soberbia que Dios le prive de su gracia y del mismo premio con que ántes le habia enriquecido (Carta de Gregorio Magno á Recaredo). El bienhechor se ha cobrado el beneficio tantas veces cuantas lo ha pregonado y cacareado (Séneca). Un beneficio echado en cara, es una ofensa hecha al que lo recibió (Racine), etc.

(2) Math., cap. 6º, vv. 1º y sigs.—El texto latino dice *justitiam vestram:* el griego, ἐλεημοσύνην ὑμῶν.

los fines mismos, pasivo, porque no tiene autoridad sobre ellos, y ántes bien debe servirlos: el sujeto de medios es pasivo respecto de los fines, pero respecto del sujeto en quien los fines residen, es activo, porque no termina su mision en poseer los medios, sino en utilizarlos, en apropiárselos, siendo esta utilizacion uno de los fines de su vida, y para ella ha menester la cooperacion del otro término de la relacion, del sujeto condicionado.

9. Doble esfera del derecho con respecto al sujeto: Estado individual: Estado social —Conocidos los diversos aspectos con que la actividad interviene en la produccion del hecho jurídico, analicémosla ahora desde el punto de vista de la personalidad que la rige y es responsable de sus manifestaciones.

Hemos visto: 1º que el derecho es una relacion entre fines racionales y medios adecuados á ellos; 2º que entre esos medios, unos se encuentran dentro del mismo sujeto de fines ó en su esfera de accion, y otros fuera de él. Consecuencia inmediata de esto: que *el derecho es*, primeramente y ante todo, *relacion de cada persona consigo misma*, pues los fines propios reclaman sus servicios ántes que los servicios ajenos: después, y en segundo término, *relacion exterior ó de persona á persona*.

Por otra parte, el sujeto activo del derecho, ordinariamente le llamamos Estado; no debiendo por tanto circunscribirse la nocion del Estado á la sociedad, ménos aún á la nacion, ó al gobierno, etc., sino á la *persona en cuanto vive el derecho* como uno de tantos fines esenciales de su actividad: es una adjetivacion de la personalidad, uno de los varios aspectos que reviste en razon de cada uno de sus fines. *Persona* es sustantivo; *Estado*, adjetivo: decir *personalidad-Estado* vale tanto como *personalidad jurídica*, y elípticamente incluimos en el vocablo Estado el sustantivo y el adjetivo, así como en rey, pastor, etc.,—que en el fondo son tambien adjetivos,—entendemos la persona individual en razon de una de sus funciones. Ahora bien; siendo la persona unas veces individual y otras veces compuesta (familia, clan ó gente, concejo ó municipio,

provincia, etc.), habrá paralelamente un *Estado individual* (así le denomina Platon), y un *Estado social*, igualmente sustantivo uno que otro, porque el indivíduo no es una *parte* de la sociedad, sino, cuando más, órgano y representante de ella, y la sociedad no es un *conjunto* de indivíduos, sino unidad orgánica, con propios fines, propia actividad y propio derecho. En virtud de la unidad fundamental del derecho, el Estado, como principio de razon, se rige por unas mismas leyes; de suerte que cada uno de los círculos ó gerarquías, indivíduo, familia, gente, municipio y demás, constituirá por sí solo un Estado autónomo, sustantivo, inviolable en su vida y derecho interior, Estado individual, Estado doméstico, Estado gentilicio, Estado municipal, provincial, nacional, étnico, continental y cosmopolítico; por más que luégo, á causa de hallarse relacionado con otros de igual categoría, se subordine al círculo superior comun, del cual son inmediatos factores y elementos. Pero siempre el elemento último, irreductible, de todos esos Estados es el indivíduo: el indivíduo es el Estado-célula.

No siempre se ha reconocido, en principio, ni áun hoy reconocen todos, al indivíduo su cualidad de Estado, aunque sí en algunos de sus efectos (v. gr.: los derechos llamados individuales, la libertad de pactar, la libertad de testar, etc.); é importa esclarecer esta tésis, una de las más trascendentales y árduas de la Filosofía del Derecho, porque de ella depende que hayamos de reconocer la existencia y la sustantividad de todo un órden de costumbre jurídica, la costumbre individual.

Notemos, lo primero, que hay medios ó condiciones que nosotros apropiamos ó podemos apropiar á nuestros fines, sin mediacion de ajena actividad, á saber: 1° Las comprendidas en la esfera de las relaciones psíquicas ó espirituales: 2° Los actos físicos, mediante los cuales utilizamos nuestro cuerpo para apropiarnos libremente las cosas de la naturaleza: 3° Esa masa de ideas, sentimientos, invenciones, obras de arte, etc., que componen el inmenso patrimonio acumulado por la humanidad, legado por los siglos, que de todos lados nos envuelve, y que directamente nos asimilamos, haciéndolos medios nuestros sin el concurso de otra actividad que la nuestra pro-

pia. Que de un lado están los fines y de otro los medios, es hecho palmario y fuera de toda controversia: no es ménos evidente que somos libres de establecer ó de no establecer la relacion entre ellos, y, por tanto, de cumplir nuestro derecho, ó de desatenderlo, ó de contrariarlo; la vida corporal, la salud, el cultivo y desarrollo del espíritu, etc., son fines respecto de los cuales estamos obligados en justicia, para los cuales existen en nosotros medios inmanentes que debemos apropiar á aquellos fines; pero haciendo uso de nuestro albedrío, podemos tambien negárselos, infringiendo su derecho. Ya los estóicos adivinaron esta dualidad esencial, que explica tantos y tantos hechos de nuestra vida, al parecer inexplicables y misteriosos: «Los estóicos, dice el maestro de Neron, cuestionan acerca de si uno puede ser su propio bienhechor, y si se debe á sí propio agradecimiento, fundados en las locuciones tan comunes: *Gratias mihi ago, De nullo queri possum alio quam de me, Ego mihi irascor, Ego a me poenas exigam, Odi me*, y otras semejantes, en que hablamos de nosotros como si se tratara de un extraño. Si puedo hacerme mal, dicen, ¿por qué no he de poder hacerme bien? Los vicios no son odiosos únicamente cuando se traducen al exterior, sino tambien cuando permanecen replegados en sí mismos. ¿Qué hay de más admirable que el hombre dueño de sí, que impera sobre su persona? Es más fácil gobernar naciones bárbaras, indóciles al yugo extranjero, que refrenar uno su alma y hacerla esclava propia. Platon da las gracias á Sócrates por lo que de él ha aprendido: ¿por qué no se estará agradecido á sí propio por lo que á sí propio se ha enseñado? Caton dice: Lo que hayas menester, pídetelo prestado á tí mismo. ¿Por qué no he de poder hacerme una dádiva, si puedo prestarme? Hay una infinidad de circunstancias en que el uso hace de nosotros como dos hombres diferentes. Tenemos costumbre de decir: Déjame consultar conmigo: Yo me rascaré la oreja. Si estas expresiones son exactas, así como puede uno irritarse contra sí propio, puede estarse á sí mismo agradecido: así como puede hacerse reconvenciones, puede dirigirse elogios: así como puede hacerse mal, puede hacerse bien. El beneficio y el daño son cosas con-

trarias: si, pues, decimos de uno que se ha ofendido á sí mismo, ó se ha causado daño, tambien podremos decir que se ha prestado un servicio.» Como se ve, hay aquí un vivo presentimiento de la verdad, y en vano se esfuerza por refutarla Séneca (1). Tambien Pascal distingue en cada indivíduo el hombre ángel (lo eterno y permanente del hombre, su naturaleza esencial, los fines humanos), y el hombre-bestia, el sujeto activo que sirve á aquel, y que tambien á veces lo desirve, vencido á las solicitaciones de una pasion aviesa.

Debemos, pues, realizar nuestros fines aplicándoles los medios que residen en nuestra esfera inmanente; pero tambien podemos irracionalmente negárselos, violando el propio derecho, ó sea, el derecho de los fines. Si se lo cumplimos, lo hacemos imprimiendo á nuestra actividad una cierta direccion reflexivamente determinada, sujetándola á un plan ó regla jurídica que previamente formamos, y que es una verdadera ley: si se lo negamos, lo hacemos sabiendo, más ó ménos claramente, que faltamos á un deber sagrado respecto de fines humanos sobre los cuales no ejercemos ningun imperio, por más que residan en nosotros y formen parte integrante de nuestra naturaleza: nadie es dueño de su vida, de su honor, de su libertad, de su salud, de su facultad de conocer, etc., y no es libre, por tanto, de renunciarlos, de destruirlos, de dejar de prestarles los medios que necesitan para su conservacion y desarrollo; por más que, si quiere hacerlo, no pueda impedirlo ni remediarlo ningun género de coaccion exterior. Existe, pues, dentro de nosotros, todo un órden de derecho, propio y sustantivo, independiente de todo otro, el cual se manifiesta como poder legislativo y como poder ejecutivo, en forma normal y en forma anormal. Muy bien decia Plinio, hablando de la conducta que acostumbraba á observar con respecto á las últimas voluntades en que estaba interesado: Ego *propiam* quandam *legem* mihi dixi... Nihil est quod obstet illi *meæ legi*... (2). Lenguaje idéntico al que suelen hablar los

(1) *De benef.*, lib. v, caps. 7-12.
(2) *Epist.*, lib. II, cp. 16.

tribunales cuando relacionan el derecho individual con el social: *la voluntad del fundador es ley* por la cual deben resolverse las cuestiones suscitadas en materia de fundaciones de mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías y demás: *la voluntad del testador es ley* entre los interesados: *el contrato constituye la ley* que fija los mútuos derechos y deberes de los asociados, etc. (1). Determínase además nuestra actividad interiormente como poder judicial y correccional: ¿quién ignora que juzgamos nuestros propios hechos en el foro interior, y reconocemos su injusticia cuando no son conformes á derecho, condenándonos á nosotros mismos? ¿Quién, á seguida de un fallo de ese género, no ha hecho propósitos de enmienda, y no ha castigado su voluntad, atento á purificarla de sus pasados yerros, y enderezarla nuevamente al bien de donde se habia desviado? ¿Quién ignora que, áun en el caso de una trasgresion del órden moral, la sociedad no corrige al culpado, sino que se limita á rodearlo de condiciones influyentes que favorezcan la correccion, la cual ha de ser en todo caso obra del mismo culpado?

No cabe, pues, dudar de que cada persona individual constituye por sí sola todo un Estado, en que el hombre, como sér racional y eterno, como hombre ángel, que diría Pascal, es *soberano*, y como sujeto finito y activo, como indivíduo, es *súbdito* (2); si bien Estado indiferenciado, como todo organismo rudimentario: desempeña todas las funciones que son propias del derecho, pero sin órganos, hallándose presente todo él, obrando su actividad toda entera, en todos y cada uno de sus actos, á diferencia de lo que se observa en la sociedad, donde

---

(1) Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, t. I, p. 68 y sigs.; D. Rivera, *Rev. de Legislacion y Jurisprudencia*, t. XXXVI, p. 354.

(2) Á este propósito, dice con su acostumbrada elevacion F. Giner: «El sér racional es el que manda; el llamado á obedecer (como el mismo nombre lo indica), el sujeto: el poder soberano para regir nuestra vida en el límite en que de nosotros dependa, es una propiedad del primero: el hombre individual no es sino el órgano mediante que dicho poder se ejerce, en representacion y funcion de nuestra naturaleza. De aquí que jamás sea lícito al individuo arrogarse el poder como mera facultad subjetiva, abandonada á su licenciosa arbitrariedad para satisfacion de fines egoistas.—Sin salir, pues, de la esfera del que pudiéramos decir, siguiendo á Platon, «Estado individual,» y sin necesidad de suponer pluralidad de séres para ex-

cabe y se practica la division del trabajo, porque la personalidad social consta de miembros, y en virtud del principio de la representacion, pueden los unos consagrarse á determinada funcion, y los otros á otra, á nombre del todo:—así existen en los últimos peldaños de la escala animal séres unicelulares, que realizan su vida sin que se manifieste jamás en ellos órgano de ningun género. Y como dentro del Estado individual no puede obrar otra actividad jurídica que la suya propia, su soberanía es absoluta en todo lo que se refiere á sus relaciones consigo mismo y á sus relaciones con los demás indivíduos en tanto que Estados igualmente independientes y autárquicos.

Pero no son estas las únicas relaciones que entre sí mantienen los indivíduos unos con otros: además de Estados soberanos, son miembros de un Estado superior compuesto, la familia, la gente, el municipio, etc., y á este superior comun compete regir el nuevo órden de relaciones que como tales subordinados elementos mantienen entre sí y con el todo. Esos diversos Estados superiores se hallan contenidos unos en otros, siendo cada uno organismo y elemento á la vez, producto de la composicion de los inferiores y miembro componente del inmediato superior. Segun esto, el primer grado en la jerarquía de los Estados sociales será un organismo de indivíduos ó Estados individuales (v. gr., el matrimonio); los demás se compondrán de Estados sociales á su vez (el Estado municipal, de vecindades ó Estados domésticos; el Estado provincial, de municipios; etc.). Lo mismo estos Estados que el individual, tienen fines propios que cumplir, y un propio derecho por consiguiente. Este derecho ha de actuar en tres distintas direcciones: 1ª, como órden de condicionalidad para los fines de las personas inferiores que interiormente lo constituyen: 2ª, como

plicar la relacion del poder supremo á los poderes particulares, cabe ya reconocer la existencia de un *soberano* y un *súbdito* dentro de nosotros mismos: de una parte, el hombre ideal, el sér racional; de otra, el hombre individual, el sujeto, cuyos propios fines son lícitos tan sólo en cuanto responden á los fines esenciales de aquél. Distincion en que, á la verdad, se reconoce que no es propiamente el que manda el mismo que obedece; mas distincion sólo, aunque esencial, *relativa*, en la unidad primera é indivisa de nuestro sér, que no se resuelve en dos séres diversos (*Principales doctrinas tocante á la soberanía política*, § II, apud *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia*, Set. 1879).

órden de condicionalidad para su propia subsistencia y accion: 3ª, como órden de condicionalidad para su vida de relacion con los demás Estados sus iguales. Y en este triple respecto muestra el derecho (lo mismo que en el Estado individual), el doble carácter de obligacion y de pretension que vimos en el párrafo antecedente. Por lo demás, es evidente que cada uno de esos Estados ha de poseer una actividad propia, especificada en funciones (legislativa, ejecutiva, etc.), y ser ejercida por órganos; que en ninguna de esas funciones puede subrogársele la actividad de Estado alguno que no sea él mismo, y que en razon de todo esto, es, dentro de su peculiar y privativa esfera, Estado soberano, independiente, autónomo. La familia, por ejemplo, es un Estado de derecho tan soberano en su límite como el Estado nacional: el padre ejerce en su casa la misma autoridad que el rey y demás altos poderes en la nacion: *cuando en mi casa me estoy, rey me soy*, que decian nuestros abuelos: la casa y dominios adyacentes á ella, son como el territorio nacional de ese pequeño Estado: *domos parvaque regna*, que escribió Valerio Marcial: ó como dice el pueblo inglés, el pueblo típico de la familia, *my house is my kingdom*. Las relaciones de indivíduo á indivíduo, que para éste son exteriores, se hacen inmanentes con respecto á la familia ó á la nacion. En igual forma son inmanentes respecto del municipio ó de otro círculo superior, las relaciones exteriores que median entre familia y familia, y á este tenor en los demás círculos. No están, por tanto, en lo cierto, aquellos—y son los más,—que contraponen el indivíduo á la sociedad considerada en abstracto, no en las esferas sustantivas que interiormente la componen, y hacen del derecho del uno límite para la accion del otro (1).

(1) Entre los pensadores que de este modo discurren, puede considerarse como prototipo el insigne Donoso Cortés: «La justicia exige la conservacion de todas las existencias, y por consiguiente, la conservacion simultánea de la sociedad y de la libertad del hombre, porque si la sociedad tiene derechos porque existe, la individualidad humana, por la misma razon, tendrá derechos tambien. La sociedad tendrá, pues, derecho á absorber aquella parte de la individualidad que sea necesaria para su existencia, y la individualidad humana tendrá derecho de retener toda aquella parte de la libertad que la sociedad no necesite para existir. El gobierno

10. Doble esfera del derecho con respecto al objeto. *Distincion histórica: derecho público: derecho privado.* — Desde los dias de Ciceron, en que principió á alborear la ciencia del derecho, viene acreditada en ella una division que no responde á nada en la realidad, y que no tiene otro fundamento que un estado histórico de la sociedad romana por los siglos en que fueron creadas estas denominaciones: *derecho privado* y *derecho público*. En vano se han esmerado por acomodar á este molde tradicional las instituciones jurídicas, legisladores y jurisconsultos, clasificando como derecho privado el que dice relacion al indivíduo y á la familia, y como derecho público el que trata de la organizacion y funciones de los poderes públicos; porque los hechos se han encargado siempre de dar á la supuesta division el más formal mentís, mostrando cómo la autoridad pública regía multitud de relaciones jurídicas del indivíduo y de la familia, las cuales no podian, por tanto, ser privadas (v. gr., los derechos políticos, la tutela, la patria potestad, el régimen dotal, el órden de suceder, etc.); y como por el contrario, se sometia el Estado al régimen de las leyes civiles, y estaba á derecho con los particulares, descubriendo así un órden de relaciones que no podian ser públicas. Como era natural, discordaban las opiniones cuando se trataba de clasificar algunas ramas, como el procedimiento civil, el derecho penal, el derecho mercantil. Y al cabo de dos mil años de uso, no se ha sabido dar todavía una definicion exacta y precisa de lo que debe entenderse por derecho público, y qué por derecho privado. Y es que tal definicion era imposible.

---

encargado de realizar la justicia por medio de su accion, obrará legítimamente siempre que resista á la destruccion de la sociedad, amenazada en su existencia por la libertad humana. Obrará ilegitimamente, siempre que comprima el desenvolvimiento espontáneo de la libertad del hombre, despues de haber asegurado la existencia de la sociedad... El problema consiste en respetar la individualidad humana sin que los cimientos de la sociedad vacilen, y en conservar la sociedad sin encadenar al hombre; en una palabra, consiste en encontrar la ley que ha de convertir en unidad armónica el dualismo incoherente de la ley del individuo y de la asociacion (Donoso, *Obras*, t. I, *Lecciones de Derecho público*, lec. 1ª).» Consecuencias son estas de haber tomado la ciencia por punto de partida al hombre y la sociedad, y no *el derecho en sí*, como una esencia de nuestro sér y de todos los séres.

He dicho que esta division no es hija de la razon científica, sino que se ha enjendrado de un hecho puramente histórico. Su orígen habia permanecido ignorado hasta muy reciente fecha (1). En los primeros siglos de Roma, existian simultáneamente, uno al lado de otro, dos derechos: el derecho de la gens ó clan, y el derecho de la tríbu; por el primero, se regian todas las relaciones interiores de la familia, tanto religiosas como morales y jurídicas, pues derecho, moral y religion estaban compenetrados y confundidos en la vida de los pueblos primitivos: todos los parientes, todas las familias colaterales procedentes de una estirpe comun, y designadas por un comun cognomen (Claudius, Julius, Calpurnius), obedecian á un jefe, el representante de la casa troncal ó solariega, en torno de la cual vivian agrupadas; veneraban una divinidad comun (Clausus, Julus, Calpus, etc.), y una comun vesta; la propiedad era colectiva; se constituian en asamblea y en tribunal; poseian un derecho consuetudinario sólo de ellas conocido; tenian un rito religioso, celebraban festividades gentilicias, entonaban himnos y plegarias propias de cada gente; y los muertos eran sepultados en un enterramiento comun (2). Estos pequeños Estados de gentiles ó parientes eran soberanos en absoluto, con ejercicio de mero y mixto imperio: gozaban del derecho de vida y muerte sobre sus miembros, practicaban la vindicta y hacian la guerra. Formaban parte de un Estado superior, pero federativamente: no le era lícito á este Estado, llamárase tríbu ó ciudad, inmiscuirse en los asuntos interiores de la *gens*: el derecho de la *gens* era *jus privatum*, exclusivamente suyo, sagrado é inviolable. El Estado superior, la confederacion de clanes, realizaba fines comunes á todos ellos; principalmente, la proteccion y defensa contra ataques exteriores, y para realizarlos, habia menester una organizacion, un sistema de poderes, un procedimiento, y por tanto, una legislacion

(1) Ha dado una explicacion, á mi juicio, satisfactoria, Hearn, en su reciente obra, *The aryan household*, 1879.

(2) Idéntico régimen se ha comprobado entre griegos, germanos, indios (Fustel de Coulanges, *La Cité antique*; Hearn, *ob. cit.*), y celtíberos (*Organizacion civil, polít. y relig. de los Celtib.* Madrid, 1879).

distinta de las legislaciones consuetudinarias de los clanes: este fué el *jus publicum*. Como se vé, el derecho privado y el derecho público tenian un dominio perfectamente deslindado, no en razon de las instituciones del derecho, sino de los círculos sociales: de un lado, estaba la familia y la gente: del otro, la tríbu ó la ciudad; tan extraños uno á otro, que el mayor número eran miembros de la primera y no lo eran de la segunda, y para que un filiusfamilias, por ejemplo, entrase á formar parte de la ciudad, era menester que ésta lo reconociese solemnemente y le invistiese con la investidura de ciudadano; hasta entónces, la ciudad no lo conocia, ni por consiguiente lo amparaba, ni contaba con él: únicamente el padre tenía poder sobre el hijo de familia.

Pero poco á poco, y así como se fué desarrollando el sentimiento de la humanidad, fué prevaleciendo sobre ese sistema artificial otro más conforme á la naturaleza humana: aquel valladar que circundaba á la *gens* y la hacia impenetrable á todo influjo exterior, se fué aportillando y cuarteando; quebróse el rígido molde del *jus gentilitium* (*privatum*); la ciudad se interpuso entre el padre y sus hijos, entre el marido y su mujer, entre los siervos y su señor, primero, tímidamente y en grado apenas perceptible; después, más resueltamente; y la pátria y la dominica potestas, la manus, la emancipacion, la dote, las sucesiones, la adopcion y la arrogacion, la tutela y la curatela, las convenciones, y sobre todo, la guerra privada, el castigo de los delitos, y en una palabra, todo el antíguo *jus privatum*, fué atrayéndolo hácia sí la ciudad, y constituyendo con él una rama del derecho que siguió llamándose privado, aunque en realidad era ya público: la potestas del padre se tornó *mund*: en su lugar se subrogó la ciudad, ó llámese la nacion, por órgano y ministerio de sus autoridades: la vida del hogar vino á ser tan pública como la vida de la ciudad. Unicamente en el derecho de obligaciones, en la testamentifaccion, en la constitucion de la familia, y en alguna otra rama, relajó su celosa y absorbente soberanía el poder público, y dejó un cierto número de relaciones jurídicas á la libre accion del indivíduo y de la familia. Desgraciadamente, los siglos que su-

cedieron al de Justiniano, no han ambicionado otro derecho ni más saber que el condensado en sus monumentales recopilaciones, y así ha llegado hasta nosotros, junto con la falsa distincion del derecho en público y en privado, la tiranía civil que, con grave ofensa de la personalidad humana, habian informado y encarnado en ella los pretores de la república y los jurisconsultos y procónsules del imperio. Al despotismo del *pater-familias* se ha sustituido el de la *civitas*. Los jurisconsultos que florecieron en la edad de oro del derecho civil, definieron uno y otro miembro de un modo que no era conforme con su orígen histórico: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Y siguiéndoles Savigny, dice: «Si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho *político* y el derecho *privado*: tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestacion orgánica del pueblo: el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresion de estas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza, y muchos puntos de contacto. Así, la constitucion de la familia, la autoridad del padre y la obediencia de los hijos, ofrecen una analogía grande con la constitucion del Estado, al mismo tiempo que muchas corporaciones tienen casi las mismas condiciones de existencia que los indivíduos. Pero lo que distingue profundamente el derecho político del derecho privado, es que el uno se ocupa del conjunto y considera á los indivíduos como un objeto secundario, mientras que el otro tiene por objeto exclusivo al indivíduo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados (1).» Y es la segunda acepcion que han tenido las palabras *derecho público y derecho privado*. Apenas si se aparta de ella Ahrens, cuando afirma que «el derecho privado atiende tan sólo á la personalidad, su fin propio y su bien particular; miéntras que el privado considera la totalidad de los miembros de la socie-

(1) *Sistema del Derecho romano actual*, § 9.

dad, reunidos por la idea del derecho en el Estado, y establece las condiciones bajo las que éstos, como institucion y con el concurso de las personas privadas, puede realizar el fin comun, el bien de todos, bajo las formas que garantizan al mismo tiempo el derecho de cada uno (1).»

Sin embargo, anuncia ya una inteligencia nueva para los términos *privado* y *público,* aplicados al derecho, que Giner ha precisado con más alto sentido, diciendo: «Se ha pretendido tambien hallar en la distincion del derecho en *público* y *privado* una division admisible; mas esta diversidad, aunque real en sí, no puede originar una clasificacion de las instituciones jurídicas, en cuanto uno y otro término no son en suma sino diversos aspectos y modos de consideracion del derecho mismo; pues éste, en cuanto se le considera como dado en la propia personalidad sustantiva é independiente de cada sér, se denomina Derecho privado; al paso que recibe el nombre de Derecho público, cuando se atiende á las relaciones de orgánica subordinacion y dependencia en que se encuentran colocadas las personas jurídicas (2).» Y es la tercera vez que se renueva y cambia el valor y significado de la famosa division, adaptándose en la ocasion presente á una concepcion reinante en la ciencia jurídica, acerca de la individualidad y la autonomía. Ya Savigni habia presentido este nuevo sentido, y áun habia atribuido su conocimiento á los jurisconsultos romanos; pero no acertó más que ellos á discernirlo con claridad, ni anduvo atinado al basar en él una division de la regla jurídica como distinta de la division del derecho en público y en privado. «Considerando, dice, la relacion que existe entre las reglas de derecho y las relaciones jurídicas que aquellas dominan, se nota en estas reglas un doble carácter. Unas mandan de una manera necesaria é invariable, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual: á tales reglas las llamo *absolutas* ó *imperativas*. Su carácter de necesidad puede referirse al organismo del derecho, á los intereses políticos, ó, en fin, á la moral. Otras, por el contrario, dejan campo libre á la voluntad

(1) *Curso de Derecho natural,* cap. VIII, § 39.
(2) *Principios de Derecho natural,* lec. 22, p. 120.

individual, y sólo cuando ésta ha descuidado manifestarse, es cuando se presenta la regla para determinar la relacion de derecho. A dichas reglas, destinadas á suplir la expresion incompleta de las voluntades individuales, las llamo *derecho supletorio*. Esta distincion ha sido formalmente reconocida por los jurisconsultos romanos: así, para designar las reglas de la primera clase, emplean ordinariamente las siguientes expresiones: *jus publicum, jus, jus commune, juris forma;* y frecuentemente tambien, apuntan como causa ó motivo de estas reglas absolutas el interés del Estado y las buenas costumbres. En cuanto á las reglas de la segunda clase, cuya naturaleza se determina por su oposicion á las de la primera, no son designadas con términos tan precisos: *res familiares, privata, ad voluntatem spectans* (1).»

Entraña este punto capital importancia para la teoría del hecho jurídico y para la del derecho consuetudinario, por cuya razon hemos de consagrarle mayor atencion que á otros no tan interesantes á nuestro propósito.

11. Doble esfera del Derecho con respecto al objeto (Continuacion).—*Distincion racional: derecho voluntario: derecho necesario.*—El Derecho, decimos, es una relacion entre fines racionales y medios útiles adecuados á ellos, establecida por una actividad consciente y libre. Ahora bien: ¿existe en la razon una forma necesaria y única para cada relacion de derecho, ó puede la actividad del sujeto realizar el fin en formas diferentes? Analizando, á la luz de nuestra propia conciencia, el contenido sustancial del derecho, encontramos dos órdenes de relaciones jurídicas:—1°, unas que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que se encuentra, por tanto, en todo sér racional, independientemente de toda condicion de espacio y de tiempo:—2°, otras que afectan á la naturaleza humana en su

(1) *Obra cit.*, § 15.

concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la *constitucion interna*, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educacion, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que vive, del género de obstáculos con que ha de luchar, del equilibrio de sus facultades psíquicas, ó del predominio de una ó de otra, de sus aptitudes, de sus antecedentes, de sus ideales, etc. Ahora bien: con respecto al primer género de relaciones, siendo una misma y siempre igual la finalidad, por lógica necesidad ha de ser una sola la forma de realizacion, y ha de dictarla la razon *à priori:* con respecto al segundo órden de relaciones, siendo individual la relacion, la satisfaccion de la necesidad (ó sea el cumplimiento del fin) ha de admitir diversidad de formas ó modos, y únicamente la personalidad á quien directamente interesa, ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio: las segundas, el derecho voluntario, libre ó hipotético.

Al decir derecho absoluto, necesario, obligatorio, no ha de entenderse derecho inmutable, rígido, inflexible; que no se avendria concepto tan opresor y abstracto con la soberana elasticidad con que se adapta el derecho á las mudables condiciones de hombres y pueblos. *Las leyes*, dice el Fuero Juzgo, *deben ser convenibles al tiempo é al lugar*. Es derecho indeclinable, pero no se impone á todos por igual, porque no en todos los sujetos se manifiestan todos los fines esenciales de la personalidad humana, y ménos aún en grado idéntico. No es una misma en todos la capacidad. Debe ser respetada y condicionada la vida de todos, pero no todas las vidas requieren un mismo género de condiciones: debe ser respetada y condicionada la facultad de obrar, pero no todos los hombres necesitan ni pueden sobrellevar un mismo grado de libertad: debe reconocerse la soberanía á todos los pueblos, pero no en todos puede ser igual la forma de la representacion. Cada grado de capacidad implica un grado diferente de derecho, pero ese

grado de derecho es, para las personas que poseen aquel grado de capacidad, esencial, necesario, obligatorio. Todo ese mundo de hechos, de circunstancias, de condiciones externas é internas que hacen que el sér racional y eterno sea indivíduo, sujeto finito, distinto de los demás indivíduos, tambien como él séres racionales, convierten el derecho absoluto en relativo é histórico, pero en todo caso, necesario, obligatorio.

Hagamos ahora práctica esta distincion.

Sea un primer ejemplo de derecho voluntario. La casa y el patrimonio, el *herctum* ó *hæredium* de los primitivos romanos, el *solar* de las behetrías castellanas, la *vecindad* navarra, que es como una concrecion exterior ó como el cuerpo de la familia, puede constituirse de muy diversas maneras, sin que sensiblemente padezca en sus atributos esenciales la institucion: así es que, si consultamos la historia, observaremos que no tienen número los sistemas que ha inspirado á la razon histórica el principio racional del derecho, y áun en nuestra edad, ostenta una variedad asombrosa en los países europeos. Ya es la *comunidad absoluta* y *universal* de bienes de todo género, muebles é inmuebles, adquiridos ántes ó después del matrimonio, á título oneroso ó á título lucrativo, como se ve en Portugal, en las poblaciones españolas donde rigen los fueros de Bailio y de Vieedo, en Aragon, cuando los contrayentes pactan hermandad, en Holanda, Basilea, etc.; ya es la *comunidad relativa*, de bienes muebles aportados, y de muebles é inmuebles adquiridos á título oneroso constante matrimonio, como en Francia, Luxemburgo, Hesse-Darmstad, Suecia, Brabante, etc.; ya es la comunidad de esos mismos bienes, pero *por partes desiguales*, dos tercios el marido y uno la mujer, como entre los campesinos de Noruega, Dinamarca y Flandes; ya la comunidad se reduce á los *bienes muebles*, y áun eso, cuando el matrimonio ha durado por lo ménos un año y un dia, como en Escocia; ya es el sistema de *gananciales por partes iguales*, como en Baviera, Ducado de Nassau, Electorado de Hesse, etc.; ya *á partes desiguales*, proporcionadas al haber de cada uno, como hasta no há mucho tiempo en Córdoba, donde imperaba el régimen del Fuero Juzgo; ya es la *comunidad universal* para el caso solo

en que hayan nacido hijos del matrimonio contraido, como en Lubeck y varias poblaciones de Holstein, Mecklemburgo, etc.; ya es el *régimen dotal* á secas, sin ningun género de comunidad, como en Italia, Austria, Vaud, Tessino, Friburgo, Soleure, Luisiana, Cataluña, Wurtemberg, etc.; ya es el régimen de *separacion de bienes*, como en Rusia, Berna, Brandemburgo, etcétera; ya la personalidad de la mujer se borra, confundiéndose con la del marido, y los bienes «personales» que le pertenecian ántes del matrimonio, entran en el dominio absoluto del marido, si bien la costumbre ha ideado recursos para impedir una malversacion, como en Inglaterra; ya se combina el *régimen dotal con el de gananciales*, como en Castilla; ya esos dos con la comunidad de bienes muebles, y además el *usufructo ó viudedad* sobre la otra mitad y demás bienes pertenecientes al cónyuge premuerto, como en Aragon, etc., etc. Cada uno de estos sistemas ofrece infinidad de matices y variantes, no siempre fáciles de apreciar, unos locales, y meramente individuales otros. De las trescientas «Coutumes» que se contaba en Francia ántes del Código Napoleon, sesenta contenian reglas diferentes acerca de la comunidad; y todavía exceden de ese número las formas adoptadas por los contrayentes en el Alto Aragon, hijas de la absoluta libertad de pactar que reconoce el fuero á las personas privadas. ¿Se comprende ahora cuán absurdo es imponer una fórmula rígida é igual á todos los indivíduos de una localidad, de una provincia, de una nacion ó de una raza?

Pues busquemos ahora lo absurdo en la esfera del derecho necesario, y veremos que consiste aquí precisamente en lo contrario. Allá, lo lógico, lo racional, es la libertad: lo atentatorio, lo inícuo, la imposicion de una determinada línea ó regla de conducta. Aquí, lo absurdo, lo injusto, sería la libre facultad de obrar; y por el contrario, lo conforme á razon, la imposicion de una regla única á cada género de actos, á cada gerarquía de capacidades. Se trata de aquello que es inherente á la persona, y ante este dilema, ser ó no ser, las vacilaciones se hacen imposibles. Nuestro cuerpo sirve de medio de comunicacion entre un espíritu individual y otro espí-

tu individual, y de instrumento mediante el cual obra el Espíritu sobre la Naturaleza y la Naturaleza sobre el Espíritu. Como parte integrante de nuestro sér y elemento esencial de nuestra vida, determínanse en él fines racionales, y en primer término el de su conservacion. El derecho que nace de este fin, es absoluto é inmutable, lo mismo en pueblos infantes que en sociedades adelantadas, lo mismo cuando el sujeto ha delinquido que cuando se ha mantenido fiel á las inspiraciones del deber; y es un contrasentido, y un sangriento sarcasmo, y una ofensa gravísima inferida á la humana razon, mutilar el cuerpo en nombre de la justicia (talion), atentar á su salud y á su integridad con pretexto de servir el derecho (tormento), ó destruirlo á título de expiacion ó para fines de intimidacion (pena de muerte). Es pretender curar un delito con otro delito. La vida, la salud, los miembros corporales, el honor: ni el Estado superior, ni el indivíduo mismo pueden atentar contra éstos bienes absolutos, ni constituir en materia de contrato la defensa de sí mismo; y con razon prohibe el Código de las Partidas renunciar el dolo ó el hurto que otra persona pueda hacernos en lo sucesivo.—Si del indivíduo pasamos al matrimonio, nos sale al encuentro, entre otras instituciones, la capacidad para contraerlo, que es tambien de derecho necesario: descubiertos los términos de esa capacidad, se imponen á la voluntad, porque la fórmula es única, no cabe eleccion, sin que por eso haya de creerse que ha de existir una regla inflexible é igual para todos los hombres, pues la experiencia de todos los dias tiene acreditado que la capacidad no aparece en todos en una misma edad, sino que, por el contrario, deberá haber un límite y un señalamiento especial para cada indivíduo, como ya lo sostuvieron los sabinianos, y en cierto modo, el derecho canónico; sin que el carácter necesario de este derecho varíe tampoco porque, cuando las legislaciones se deciden por un tipo de edad uniforme, discorden en cuanto á él desde 12 y 10 años (España), por ejemplo, hasta 21 y 15 (Suecia), de conformidad con las tradiciones, el clima y la cultura, ó simplemente, segun la distinta apreciacion é interpretacion por ellos, del principio existente en la razon. Si del matrimonio

pasamos á la familia, encontramos la patria potestad ó la tutela, principio absoluto, necesario, que se impone á la voluntad del que ha de ejercerla y á la del que ha de utilizarla, que no son libres de admitir ó de rechazar, ó de alterar en sus términos ni en su duracion; sin que esto obste para que, así en ésta como en aquellos, pueda reflejarse la original individualidad de cada pueblo y de cada indivíduo, y que así como vaya apareciendo y desarrollándose, ó reapareciendo y fortaleciéndose la capacidad de discernir, y por tanto de obrar, de obligarse, de disponer de lo suyo, disminuya gradualmente en intensidad la tutela. Lo necesario no es la tutela ó la patria potestad así en abstracto, sino especializada, individualizada para cada sujeto, segun la naturaleza y el grado de incapacidad.—El *selfgovernment* ó la autonomía municipal y provincial, son á estos órdenes de la sociedad lo que al indivíduo la facultad de contratar, de testar, y demás derechos naturales, pero se amoldan tambien á la extension de la capacidad; de suerte que lo esencial no es la autonomía en abstracto, en un grado uniforme, ó en un tipo único, sino la autonomía concreta, que corresponde á la capacidad de cada sujeto, especificada segun el sistema entero de las condiciones que le rodean. Con el criterio de la capacidad ha de medirse igualmente el derecho absoluto que tiene toda nacion á gobernarse por el sistema antonomásticamente llamado representativo. A tal capacidad, tal poder: si la capacidad es nula, el poder de obrar lo es igualmente, y la vida de la persona es regida por representacion necesaria, llámese patria potestad ó curadoría en el indivíduo, dictadura en la sociedad: si la capacidad es embrionaria, embrionaria será la facultad de obrar, y asomará el poder personal ó la representacion voluntaria: cuando el desarrollo de la capacidad llegue á su máximum, la facultad personal de obrar no habrá menester ya de traba alguna. Por esto se reconocian en Roma, entre la capacidad plena y la incapacidad absoluta, grados intermedios, el estulto, el pródigo, el próximo á la pubertad, etc. Para cada uno de aquellos estados de la personalidad, y para los demás intermedios, posee el derecho un tipo de conducta único, que el sujeto jurídico, llámese

individuo, familia, provincia ó municipio, no puede, en ley de justicia, mudar en lo más mínimo, y ménos desechar ó sustituir con otro diferente. Claro está que al interpretar esa regla natural de conducta, existente en la razon, para hacerla positiva, puede equivocarse el legislador, extremándola en uno ó en otro sentido, sin que esto arguya falsedad en la doctrina, sino falta de arte ó de suficiencia en el legislador; si es que no se oculta, bajo el aparente defecto ó exceso, la expresion de uno de los matices de la capacidad.

Así, por ejemplo, las leyes españolas y las leyes inglesas reconocen al indivíduo el derecho de rechazar toda agresion contra su persona, y de reivindicar los bienes de que haya sido despojado. Son derechos naturales absolutos, que el sujeto interesado no puede ceder ni renunciar—(por más que en el hecho se abstenga de ejercitarlos),—y que poder alguno en la tierra, que no sea tiránico, le puede mermar ni prohibir. Pero en la práctica, la legislacion inglesa le ha dado mayor latitud que la española, y esa diferencia cuantitativa puede ser efecto de una diversidad de apreciacion en los legisladores, ó lo que es más seguro, la expresion original de dos temperamentos diferentes, ó del distinto grado de desarrollo político de uno y otro pueblo, y al propio tiempo, de los influjos y tradiciones jurídicas, que son muy otras en éste que en aquél. Así, el ciudadano inglés disfruta, entre otros, de los siguientes derechos personales: 1º *recaption* ó rescate: cuando un hombre ha arrebatado á otro cualesquiera bienes muebles, ó le retiene injustamente á su mujer, ó un hijo, ó un criado, está autorizado el dueño, marido, padre ó amo, para rescatarlos personalmente, donde quiera que se hallen, en una feria, en una posada, en los pastos del comun, etc.: 2º *posesion:* puede rescatar tambien personalmente, entrándolas por propia autoridad, las tierras de que otro ha tomado posesion sin derecho para ello: 3º *nusance:* puede derribar ó apartar aquello que le perjudica ilegalmente: si, por ejemplo, uno construye una obra nueva, una pared, una casa, etc., que obstruya sin derecho las luces de otra, el dueño perjudicado puede lícitamente entrar en la propiedad de su vecino y demoler la obra: 4º *saisie,* prendamiento y reten-

cion por el dueño de una finca, de las bestias agenas que encuentra en ella, para indemnizarse del daño causado; y por el dueño ó acreedor, de los muebles y semovientes del arrendatario ó del deudor (sin excluir las mieses, cortadas ó no), cuando demora el pago de la renta ó de otras deudas, y eso áun cuando hayan sido trasportadas fraudulentamente á otra parte, llegando en esto á tan extremo rigor, que si las bestias de un tercero derriban una cerca ó se abren paso á través de un vallado é invaden tierras arrendadas, puede detenerlas el dueño de éstas para hacerse pago de la renta debida por el arrendatario, en castigo del descuido del dueño de tales bestias, y de los perjuicios por ellas irrogados (1). Como se vé, posee el ciudadano inglés medios de hacerse justicia por su mano, de que el español carece: en el caso de una *nusance* ú obra nueva, por ejemplo, tiene éste como primer recurso la accion de interdicto: tambien el inglés puede hacer uso de ella, pero uso voluntario, en el caso tan sólo que no prefiera derribar por sí lo que le estorba. El principio, las dos legislaciones lo reconocen: solo que en la inglesa, se ha trazado un más ancho círculo el derecho individual.—No obsta, pues, á la existencia racional de un derecho necesario, de una conducta obligatoria no libre, en cada institucion, el hecho de que haya revestido formas diferentes, y áun opuestas, en la historia de las legislaciones, porque no todo ha sido ni es en la vida como debe ser, no todo lo real ha sido racional, no todas las formas históricas han sido legítimas. Así, en las naciones modernas son de derecho necesario ciertos impedimentos dirimentes, y no en otros países donde, como en Persia, ha sido lícito el matrimonio hasta entre hermanos consanguíneos y entre ascendientes y descendientes. Nosotros tenemos por derecho necesario la monogamia, miéntras que lo tienen por derecho voluntario los pueblos musulmanes, cuyas leyes admiten la union de un varon con varias mujeres. ¿Quién osará decir que todas esas formas responden á algo esencial en el derecho, y que no son más bien desviaciones puramente subjetivas del principio eterno (lo

(1) Vid. Blackstone, *Comentarios sobre las leyes inglesas*, lib. II, cap. I.

mismo que la esclavitud, la pena de muerte ó la patria potestas romana) aquellas que repugnan á nuestra civilizacion presente? Fué considerado como derecho necesario entre nuestros cántabros, y tal vez entre los vascones que vivieron en edad remota, la ginecocracia ó familia matriarcal: la autoridad residia en la mujer; ella regía la familia; su apellido era el que se trasmitia á sus hijos; heredaban al padre los hijos de su hermana, y no sus propios hijos. El derecho romano introdujo un sistema diametralmente opuesto á este, la *manus*, la igualacion de mujer y de hijos, la potestad omnipotente del jefe como padre y como marido; cuyo sistema, de código en código y de siglo en siglo, se ha ido trasmitiendo hasta la edad moderna. ¿Quién se atreverá á sustentar que uno y otro régimen sean conformes al derecho absoluto, y deban escribirse en las leyes con carácter obligatorio é irrenunciable, y que no son más bien desviaciones del verdadero principio único, absoluto y necesario, el que se ha abierto paso en el hecho ántes que en la ciencia, el que rige por costumbre, el poder doméstico residiendo en marido y mujer por igúal, y la libre y voluntaria distribucion de las funciones que ese poder envuelve, segun las aptitudes de cada uno de los cónyuges?

Importa insistir más en esa distincion, porque de ella se derivan importantes consecuencias para la teoría de la eficacia de la costumbre. Por lo pronto, notemos que la division del derecho en necesario y voluntario, que descubrimos en él, mirándolo desde su unidad, se reproduce luego en cada uno de sus miembros y esferas, en sus instituciones todas y en los círculos ó personas sociales en que el sujeto de derecho se diversifica: lo mismo en el derecho del indivíduo que en el de la familia, del municipio, de la provincia y de la nacion, existe un derecho necesario, del cual no les es lícito desviarse, y otro derecho voluntario, más flexible, que consiente eleccion de medios y variedad de accion. Notemos, en segundo lugar, que el derecho necesario, en su calidad de tal, necesita una salvaguardia, una garantía, un regulador, y que esa regulacion y esa garantía ha de asumirlas por necesidad el Estado superior, porque á él obedecen y de él reciben impulso y direccion

todos los demás: hoy es la nacion esa personalidad superior á quien toca encauzar las actividades de los Estados interiores en el sentido del derecho absoluto y necesario, legislarlo, procurar su cumplimiento, y castigar su infraccion. Todo lo que no sea condiciones y formas necesarias, debe abandonarlo á la libre accion de los Estados interiores, al indivíduo, á la familia, al municipio y á la provincia, los cuales tienen que expresar en él su original individualidad. Acomodando estas categorías á las denominaciones antiguas, diríamos: el derecho necesario es público; el voluntario, privado: entrámbos respectos se muestran tanto en el indivíduo como en la familia, en el municipio, en la provincia y en la nacion: el Estado superior, actualmente la nacion, debe distinguir en cada institucion lo que tiene de público y lo que tiene de privado, promulgar aquél con carácter obligatorio, y abandonar éste á la iniciativa de los Estados inferiores, de cuyo derecho formen parte las instituciones en cuestion. Retener el Estado superior un derecho que no le pertenece, es intolerable despojo, nacido de esas concepciones socialistas que llenan la historia de la humanidad, y de cuyo dañoso influjo está léjos de haberse emancipado nuestro siglo. Siempre la historia se ha inclinado á tener por más respetable el derecho de la sociedad (entendiendo por tal el grado superior de ella, la ciudad ó la nacion), que el derecho del indivíduo, y á obrar como si éste dependiese de aquél, no vacilando en sacrificarlo á él siempre que lo ha creido necesario. Desde el momento en que consideraban al indivíduo, no como Estado propio, sino como factor del Estado, se incapacitaban para hallar la armonía de entrámbos supuestos derechos en su igualdad, y tenian que buscarla en la subordinacion del uno al otro (1).

Pero no debe limitarse á eso. En el seno de estas colectividades se determinan corrientes, direcciones y modos uniformes de accion, que expresan la conviccion comun y el espíritu dominante en la generalidad de los miembros que las componen, y que ordinariamente se traducen en reglas consuetudina-

(1) V. multitud de citas en Grocio, *ob. cit.*, lib. I, cap IV, § IV-4.

rias, en costumbres. Por otra parte, los hechos de la vida se producen con tan vertiginosa rapidez, que le es imposible al sujeto actor determinar en cada uno las condiciones todas de su produccion, sus futuras contingencias, sus resultados necesarios ó probables. Para evitar la indeterminacion que naceria de aquí forzosamente y los repetidos conflictos á que daría lugar, el supremo legislador, órgano del Estado superior, da una forma concreta y regular á la voluntad general manifestada en aquel espíritu comun, en aquellas direcciones uniformes, en aquellos usos de derecho voluntario, creados por la colectividad, y la sanciona en forma de ley facultativa y supletoria. Si el municipio, si la familia, si la corporacion, si el indivíduo, si la provincia, segun los casos, no se dan ley propia, se presume que han entendido regir sus actos por la ley general, y ésta les es aplicada, porque nada más lógico que suponer que la voluntad de una persona quiere lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas á las suyas. Me explicaré con varios ejemplos pertenecientes á cada una de esas esferas.

Principiemos por el derecho individual. Supongamos un contrato cualquiera, la enfitéusis, por ejemplo. Dice el Código italiano: «*La enfitéusis se regula por la libre voluntad de las partes contratantes, siempre que sus pactos no sean contrarios á las disposiciones de los artículos* 1562, 1563 *y* 1564. *A falta de convenios especiales, se observarán las reglas siguientes...* (artículo 1557).» Aquí vemos expresados distintamente los tres elementos de la institucion: 1° El *necesario* y que las partes no pueden alterar, porque se supone que afecta á la esencia misma de la institucion: prohibe pactar laudemio y toda otra carga que no sea el cánon ánuo; prohibe igualmente la subenfitéusis; declara el derecho adquirido por el enfiteuta esencialmente trasmisible, y redimible la carga que contrae: 2° El *voluntario:* los contrayentes son libres de convenir la forma y las condiciones que mejor les pareciere: 3° el *supletorio:* para el caso de que hayan pasado en silencio algun punto del contrato ó todos, la ley establece las disposiciones que han de regir, y que se presume haber querido poner en vigor los

contrayentes.—Esto mismo acontece con la libertad de conciencia, como con los demás derechos llamados individuales (1): hay en él de esencial, y por tanto, de obligatorio, el fondo ético de la creencia, y principalmente del culto, y el mútuo respeto de las diversas confesiones entre sí; y de voluntario y libre, la forma misma de la creencia que cada cual considere más conforme á la verdad, y el modo de su organizacion como religion positiva: imponer á todos una determinada, es atropello y violencia que el Estado superior comete, invadiendo esferas que no es competente para dirigir, y dando color de derecho á infinitos crímenes que, desde Sócrates y Jesús se continúan en horrible cadena hasta las persecuciones de los Emperadores y las hogueras de la Inquisicion. En idéntico caso se encuentran la testamentifaccion, las fundaciones, y el derecho de obligaciones y el mercantil: destácanse en ellos algunos principios necesarios, ineludibles, inalterables, principios de derecho público, que podría decirse, segun

---

(1) A la libertad de reunion, de asociacion, de cultos, de imprenta, etc., suele denominárseles derechos individuales, originarios, ilegislables, irrenunciables, imprescriptibles; y para ponerlos al abrigo de los pasajeros cambios que de cuando en cuando alteran la faz de la política, son consignados en las Constituciones nacionales. Ha influido en esto el falso sentido de Rousseau, Kant y los jurisconsultos romanos, segun el cual, el derecho se funda en la libertad, y la ley *declara* esos derechos como no habiendo existido hasta entónces. Pero en igual línea que esos supuestos individuales derechos, se encuentran la libertad de testar, la libertad de contratar, la libertad de establecer el régimen interior de la familia, etc.; y si aquellos se llevan á la Constitucion, no hay razon alguna de esencia para excluir de ella á estos; ó si éstos se recluyen al Código civil, la lógica pide que les sigan aquellos, como en parte ha hecho el Código civil portugués.

(Se llaman, dice éste, derechos originarios, los que resultan de la propia naturaleza del hombre, y que la ley civil reconoce y protege como fuente y origen de todos los demás. Estos derechos son: 1º El derecho de existencia (vida, integridad personal, buen nombre y reputacion). 2º El derecho de libertad (pensamiento, expresion, accion). 3º El derecho de asociacion 4º Derecho de apropiacion. 5º Derecho de defensa. Los derechos originarios son inalienables.)

Son derechos naturales, esenciales á la naturaleza humana, independientemente de toda limitacion de tiempo ó espacio, y no están, por tanto, bien denominados cuando se les dice individuales. Tampoco son ilegislables: 1º Porque hay en cada uno de ellos un elemento necesario, independiente de la voluntad, que no puede abandonarse á la libre accion de los sujetos jurídicos, y que el estado superior debe regular y garantir. 2º Porque su ejercicio, áun en la parte libre y voluntaria, requiere ser ordenado y limitado por consideraciones de policía, de moral universal, etc., lo mismo que el modo de su cumplimiento. Son ilegislables solamente en el sentido de que no se derivan de la ley, ni los funda la voluntad, ni los crea el legislador.

el nuevo sentido de la palabra, leyes irrenunciables, que dirian Notarios y Abogados, porque expresan la naturaleza esencial de las instituciones sobre que versan, y tienden á prevenir los fraudes, abusos y demás trasgresiones jurídicas;—pero la masa principal la constituyen principios supletorios de voluntaria aceptacion, que no tienen más autoridad que la que las partes interesadas quieren darles, que sólamente regulan aquellas relaciones para las cuales no han estatuido privadamente una forma especial de derecho distinta de ellas; *dicat testator et erit lex voluntas ejus,* dice la novela 22, c. 2; *En la fundacion de fideicomisos, patronatos y demás instituciones vinculares,* dice el Tribunal Supremo de Justicia de España, *la voluntad del fundador es la ley que debe guardarse,* mientras no se oponga á lo determinado por derecho. *En la sucesion de mayorazgos, ha sido siempre ley la voluntad del fundador,* y sus disposiciones, siendo lícitas y posibles, debian ser cumplidas religiosamente, por más que se desviasen del órden establecido por las leyes del reino para la sucesion de la corona. Es un principio de derecho que *la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse como ley entre los interesados. El contrato,* en conformidad á la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, *constituye la ley que fija los mútuos derechos y deberes de los asociados* (1). En virtud de este principio de libertad,—«el contrato es ley»,— la legislacion mercantil, con ser tan extensa, es casi toda derecho libre, derecho supletorio, en todos los países, y lo mismo el órden legal de suceder abintestato, el cual sólo surte efecto en concepto de supletorio, cuando los particulares lo han puesto tácitamente en vigor no estableciendo otro.—Ese principio de libertad se extiende, como es de razon, á la esfera de la reparacion jurídica:

(1) Sentencias del T. S. de J. de 14 Nov. 1856, 22 Mzo. 1852, 19 Dic. 1854, 26 Febrero 1857, 24 Mzo. 1857, 20 Dic. 1863, 10 Dic. 1857, 3 Abril 1857, etc., No ha de creerse, sin embargo, que aquellas máximas de la jurisprudencia sean el enunciado de la libertad plena de testar (como está, v. gr., reconocida en el Fuero de Navarra): «Para que un testamento tenga la misma fuerza que la ley, es necesario que se ajuste á las prescripciones legales, y por tanto, no puede estimarse con aquella eficacia más que en lo que el testador disponga lícitamente y de un modo ajustado á derecho (Sent. de 25 de Mayo de 1858).»

las personas privadas son, en su esfera, absolutamente soberanas, y de igual modo que pueden legislar y ejecutar su derecho, pueden juzgarlo, transigirlo y repararlo. Y tambien aquí desempeña un papel importante la distincion del derecho en voluntario y necesario. Así, la ley española de Enjuiciamiento establece que «*toda contestacion entre partes*, ántes ó despues de deducida en juicio, y cualquiera que sea el estado de éste, *puede* someterse á la decision de jueces árbitros (artículo 770), y tambien á la de amigables componedores, *á fin de que la decidan sin sujecion á formas legales, segun su leal saber y entender* (art. 819)»; pero ni el indivíduo ni la familia son hoy representantes del derecho absoluto y necesario; es el Estado nacional su amparador nato, y por esto lo reserva á su conocimiento, diciendo que «*no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni aquellas en que deba intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes* (art. 772).» Donde aparecen clarísimamente deslindados los tres aspectos de la ley positiva: 1° determinacion de la esfera individual: ni jueces oficiales ni ley pública: todo libre: 2° expresion del carácter voluntario de esa esfera: las partes *pueden* constituirse árbitros, pero tambien pueden abstenerse de ello y someter sus diferencias á los jueces y á la legislacion del Estado superior: 3° determinacion de la esfera necesaria: asuntos que deben regularse por las leyes de la nacion, y ser resueltos por los jueces oficiales, independientemente de que lo quieran ó no las partes.

Esta ley ha de reproducirse necesariamente en el derecho de familia. Hé aquí los términos en que se expresa el Código civil portugués:—«*Es lícito á los esposos estipular*, ántes de la celebracion del matrimonio..., todo lo que les pareciere, relativamente á sus bienes (art. 1096). *Se tendrá por no escrita* toda convencion que altere el órden de sucesion de los herederos legítimos, ó los derechos ú obligaciones paternas y conyugales consagrados por la ley (1103). La mujer no puede privar al marido por convenio antenupcial, de la administracion de los bienes (1104). *A falta de acuerdo ó convencion*, se entenderá que el casamiento se hace segun la «costumbre del rei-

no...» (1098). Si los esposos declaran simplemente en su contrato que pretenden casarse segun la costumbre del reino, se observarán las disposiciones de los artículos 1108-1124. Si los esposos declaran simplemente que quieren casarse bajo la base de la simple comunidad de los bienes adquiridos, se observarán las disposiciones de los artículos 1130-1133. Si declaran simplemente que pretenden casarse con separacion de bienes, se observarán las disposiciones de los artículos 1125-1129. Si los esposos pretendiesen casarse segun el régimen dotal, se observarán las disposiciones de los artículos 1134-1165 (art. 1099 ss.).» Aquí se presenta el Estado nacional regulando y sancionando el derecho del Estado familiar ó doméstico: de conformidad con la doctrina expuesta, descúbrense en él tres partes: 1ª reconocimiento y sancion de derechos absolutos ó necesarios: todo lo concerniente al poder marital, patria potestad, tutela, emancipacion, etc., que se supone afectan á la esencia misma de la institucion familiar, es obligado é inalterable: el estado impone una determinada conducta á los esposos, y les prohibe separarse de ella: algunos códigos, v. gr., el francés, añaden á esa sancion especial de algunos principios necesarios, otra general: el derecho positivo del Estado-familia no ha de contener disposicion alguna que repugne al derecho natural ó á la moralidad (á las buenas costumbres): 2º declaracion de que todo lo demás pertenece á la esfera inmanente de la familia, que es de derecho privado, libre, voluntario, y en su consecuencia, pueden legislarlo de comun acuerdo los miembros de ese Estado, los esposos y demás personas que concurran á su constitucion: 3º un régimen supletorio: si no han establecido ninguno determinadamente, se sobreentiende que han aceptado tácitamente el de la comunidad universal, que es el más usual en todo el reino: 4º últimamente, y para el caso de que los contrayentes prefieran alguno de los demás sistemas comunes en Europa, dotal, gananciales ó separacion, el Código se los ofrece ya legislados, para evitarles el trabajo de discurrir la forma y desarrollarla en la escritura nupcial, y el peligro de dejar algun punto esencial en descubierto (1).

(1) «Los convenios matrimoniales son verdaderos contratos, y como tales, pue-

Un ejemplo en la esfera del derecho gentilicio. Desde que se extinguió por desuso en Roma el *jus gentilitium*, la familia quedó frente á frente de la ciudad, sin círculo alguno que mediase entre ellas; pero es lo cierto que, aunque no constituido como organismo, ese círculo intermedio existe, la *gens* no es una abstraccion, hija de la historia, que la historia pueda borrar, y la legislacion imperial hubo de reconocerlo en algunos de sus efectos, dando intervencion á los parientes en ciertos actos de la vida de la familia, y un derecho de preferencia sobre el fisco, en los casos de sucesion intestada. En los tiempos modernos, hay manifiesta tendencia á reconstituir ese círculo que pudiera decirse gentilicio, y obedeciendo á ella, se está dando entrada en los Códigos, aunque con timidez, al consejo de familia. Ahora bien; en el derecho relativo á esta institucion, habrá que distinguir una triple seccion: 1ª derecho necesario, que estatuya y defina el consejo, y lo declare obligatorio en todos aquellos actos de la vida doméstica que el Estado estime de la competencia exclusiva de los parientes, y de que crea poder desprenderse sin menoscabo del principio de la justicia: 2ª derecho supletorio, que plantee un modo de constitucion del consejo de familia, aquel que parezca más conforme á la naturaleza de la institucion, ó que el uso más general haya consagrado: 3ª reconocimiento de la libertad de los contrayentes en este respecto: en el estatuto doméstico será lícito á los contrayentes constituir el consejo de familia

---

den admitir todas las cláusulas que puedan convenir á los contrayentes, siempre que no sean contrarios al órden público y á las buenas costumbres. Que la estipulacion sea lícita y permitida, que esté redactada en términos claros y precisos, tal es el primer precepto y el fin único que el legislador se propone: imponer la comunidad á los que no la quieren ó el régimen dotal á los que lo consideran ménos conforme con los derechos respectivos de los cónyuges, sería tanto como introducir la tiranía y la imposicion en el contrato que debe ser más libre.

... La ley puede y debe regular la forma de los contratos, así como sus efectos y garantizar su ejecucion; pero las cláusulas contenidas en aquéllos dependen únicamente de la voluntad de los contratantes: forman parte de la libertad que define la constitucion política, y de la propiedad que el Código civil protege y organiza (Simeon, *Discurso-informe al Cuerpo legislativo francés sobre el contrato de matrimonio).*» «Es tan grande la diversidad de intereses y de posiciones sociales, que no es posible que convenga á todos un mismo régimen de asociacion. Una regla uniforme é invariable hubiese sido una traba y una opresion (Dalloz, *Diccionario de Jurisprudencia*, t. XIII, notas al art. 1387 y ss.)

como lo crean más justo, dentro de los límites prescritos en la primera seccion, y únicamente se pondrá en vigor el régimen desarrollado en la segunda, cuando voluntariamente lo acepten ó no establezcan otro. La institucion, en su existencia misma, es esencial, responde á necesidades sentidas por la universalidad, es una derivacion necesaria del principio de la familia; pero su composicion es relativa, ha de reflejar la situacion peculiarísima de cada sujeto, ha de ser individual, y por esto debe abandonarse el pormenor á la libre iniciativa de las personas á quienes más directamente interesa: una regla igual para todos sería opresora y tiránica, porque no siempre los parientes más cercanos son los más capaces, ó los que dan muestras de más vivo interés por el bien de la familia, porque no en todos los casos es necesario ó es posible reunir un gran número de parientes, ni en todos es suficiente un número escaso, ni convienen los de unas mismas líneas para todos los actos en que ha de intervenir el consejo, etc. Así, vemos en el Alto Aragon el consejo de parientes diversificado en formas infinitas, que reflejan la individualidad de cada familia ó de cada hombre: en comarcas donde los pueblos son de corto vecindario, y los parientes se hallan desparramados á grandes distancias, el consejo consta de pocas personas; en familias de muy dilatada parentela, donde hay que dar participacion á muchos para que nadie se ofenda por injustas preferencias, se instituye un consejo diferente para cada acto: si se crea con el objeto especial de elegir sucesor universal entre los hermanos huérfanos, ó de fallar sobre la queja dada por uno de ellos contra el heredero sobre cuantía de legítima, el llamamiento comprende las dos líneas paterna y materna: si su objeto es conceder ó negar segundas nupcias al viudo ó viuda, con prórroga del usufructo foral sobre los bienes de su premuerto consorte, se llama tan sólo á parientes de éste: si su objeto es partir las diferencias suscitadas entre un matrimonio adoptante y otro matrimonio adoptado, entran en el consejo parientes de tres ó de cuatro líneas: si no inspiran confianza los más próximos, ó no se quieren dejar inciertas las personas, se designan nominatim, ó de grado más remoto, y para el caso de que

fallezcan, se trasfiere el poder á los sucesores universales de los nominados: si los regidores civiles del pueblo son de escasa ilustracion, se llama, por el estatuto, al párroco, para que intervenga como tercero en discordia: si el notario reside léjos del domicilio de los contrayentes, ó el pueblo se ha secularizado en su espíritu y emancipádose de ciertos tradicionales respetos, se opta por el juez municipal, ó el alcalde, etc. (1). ¿No sería altamente tiránico que el legislador ahogase esta multiplicidad de formas, sacrificando la espontaneidad del espíritu individual en aras de una absoluta uniformidad, no exigida, ántes bien, reprobada por la razon? ¿Y no es, por el contrario, anómalo, y no acusa irregularidad en la marcha de la vida oficial del Estado, el que no consagre y ampare una institucion que está en la naturaleza de las cosas, que el uso ha creado y mantiene; y que por no acogerla entre su derecho necesario, y no adoptar un régimen supletorio, carezca de aplicacion en los casos en que no lo han estatuido contractualmente las partes?

Y eso que observamos en el derecho individual y en el derecho doméstico y gentilicio, se repite en el municipal y provincial. La nacion, representante del derecho absoluto, tutora de los fines esenciales radicados en cada una de las personalidades y círculos interiores á ella, ha de imponer al municipio y á la provincia normas generales de conducta que prevengan la inaccion y garanticen el cumplimiento de esos fines; y así, declarará obligatorios ciertos servicios de policía, instruccion, beneficencia, etc., y en consideracion á ellos, ciertos gastos, fijando un mínimum y un máximum de contribucion local. Pero una vez fuera de esas condiciones necesarias é ineludibles segun la razon, el municipio ha de quedar libre por lo que hace al medio de ejecucion: desarrollará en ordenanzas y reglamentos esos preceptos generales, adaptándolos á su peculiar carácter, resultante de su posicion social y topográfica, del modo de vivir de sus habitantes, de su grado de cultura, de sus hábitos y demás. Sería tiránico exigir á todos los mu-

(1) Vid. *Derecho consuetudinario del Alto Aragon*, 1880, cap. III, apéndice et al.

nicipios, por ejemplo, una misma forma de tributacion y una cifra proporcional inflexible; porque si tienen regular capital ó muchos arbitrios, el tipo impuesto para el repartimiento sería innecesario; si pocos ó ninguno, el repartimiento sería insuficiente; si la poblacion venía habituada de larga fecha al sistema de los arriendos á la exclusiva, ó preferia el sistema de encabezamiento y reparto, sería innovacion poco prudente, además de irritante y opresora, la de obligar al establecimiento de puertas y fielatos, y viceversa, etc. La realizacion práctica de este principio podemos verla en la ley municipal española: «Es obligacion de los Ayuntamientos, dice, procurar por sí, ó con los asociados, en los términos que más adelante se expresará, el exacto cumplimiento, con arreglo á los recursos y necesidades del pueblo, de los fines y servicios que, segun la presente ley, están cometidos á su accion y vigilancia, y en particular de los siguientes: 1º Conservacion y arreglo de la vía pública. 2º Policía urbana y rural. 3º Policía de seguridad. 4º Instruccion primaria. 5º Administracion, custodia y conservacion de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo (art. 68). Los presupuestos anuales ordinarios contendrán precisamente las partidas necesarias, segun los recursos del municipio, para atender y llenar las obligaciones á que se refiere el art. 68 de la ley, y además los siguientes: personal y material de las dependencias y oficinas, etc. (art. 127). Los ingresos serán: 1º Rentas y productos procedentes de bienes, derechos ó capitales que por cualquier concepto pertenezcan al municipio ó á los establecimientos de beneficencia, instruccion y otros análogos que de él dependan: 2º Arbitrios é impuestos municipales sobre determinados servicios, obras é industrias, así como los aprovechamientos de policía urbana y rural, y multas é indemnizaciones por infraccion de las ordenanzas municipales y bandos de policía: 3º Un repartimiento general entre todos los vecinos y hacendados, en proporcion á los medios ó facultades de cada uno, para cubrir los servicios municipales, en la totalidad ó en la parte á que no alcancen los anteriores recursos: 4º Impuestos sobre artículos de comer, beber y arder, cuando por circunstancias especiales de la lo-

calidad, la recaudacion ó distribucion del repartimiento ofreciere dificultades graves, ó no pudiese cubrir la totalidad de los gastos presupuestados (art. 129). En ningun caso pueden ser objeto de arbitrio los servicios siguientes: Aprovechamiento y abastecimiento de aguas para uso comunal. Alumbrado público. Aceras y empedrados. Vigilancia pública. Beneficencia. Instruccion pública elemental. Limpieza. Y otros de igual naturaleza (art. 130).» Completan este sistema las instrucciones sobre el impuesto de consumos y la contribucion industrial. No es difícil distinguir en estas disposiciones el doble elemento necesario y voluntario, en la misma forma que lo hemos hecho notar en la esfera del indivíduo y de la familia. Tambien en Inglaterra, país clásico del *selfgovernment*, interviene la nacion en la hacienda municipal, fijando tasas á los ingresos de la parroquia por diversos conceptos, contribucion de alumbrado *(lighting rate)*, de caminos vecinales *(highway rate)*, del culto *(church rate)*, de pobres, etc.

En conclusíon, no hay sino dos clases de leyes ó costumbres: *imperativas* ó de derecho necesario; *supletorias*, facultativas, voluntarias ó de derecho voluntario. Esta sencilla clasificacion responde, según se ve, á una distincion real de la materia del derecho, y no peca, por tanto, de subjetiva y arbitraria. No se halla en igual caso otra que proponen los tratadistas, sacada por analogía del material histórico, y cuyos miembros son definidos, no en razon de su naturaleza esencial, sino por consideraciones puramente externas, y en sí mismas indiferentes. Partiendo de un pasaje del Digesto: *Legis virtus haec est; imperare, vetare, permittere, punire* (1), reproducida en nuestra Novísima, han sido, y continúan siendo divididas las leyes en *imperativas*, *prohibitivas* y *permisivas*. Pero sobre que el jurisconsulto romano no pretendió sentar las bases de una clasificacion, sino describir algunos efectos de la ley con relacion á la voluntad, como advierte muy atinadamente Savigni, se oponen á la clasificacion citada no leves reparos:—1° Lo prohibitivo no es una categoría distinta de lo imperativo, y si se

(26) Dig., lib. I, tít. III, ley 7ª, *de legibus*.

quiere dar á entender bajo la denominacion de leyes imperativas, las que mandan obrar, y bajo la de prohibitivas, las que ordenan abstenerse, debe observarse que un mismo precepto puede tomar indistintamente la forma positiva y la negativa, y que un accidente de tan poca monta no puede dar márgen á una division tan fundamental:—2º No hay leyes permisivas, que serian consejo dogmático, ó declaracion de que lo que ántes estuvo prohibido injustamente, deja de estarlo en aquel instante, pero en ningun caso ley: lo que la ley no manda ó prohibe, ante la ley social es lícito, sin necesidad de ley que lo consienta. Ese vicioso término trae su orígen de una falsa concepcion del Derecho, del Estado y de la Soberanía: parece como que el legislador suelta graciosamente una parte de su autoridad ó de su poder, y hace concesion de ella al indivíduo, ó á la familia, ó á otro cualquier círculo ó corporacion; siendo así que el derecho voluntario es tal, no porque lo quieran los poderes públicos, sino porque lo requiere la naturaleza misma del derecho y los fueros de la personalidad (1), y cuando los poderes públicos lo legislan, lo hacen ajustándose á la pauta que le traza en sus costumbres ó en su opinion la voluntad social, y sancionándolo con carácter únicamente supletorio, esto es, con aplicacion á suplir el silencio ó los vacíos de la voluntad individual, y nada más (2).—3º En tercer lugar, la enunciada division, la circunscriben á las leyes, siendo así que abraza de igual manera las costumbres jurídicas; en las

(1) Si hay de las llamadas leyes permisivas que no sean supletorias, son accidentes pasajeros, y únicamente afectan á la forma de la ley: obran alzando una prohibicion, declarando una capacidad ántes no reconocida, ú otorgando un privilegio; v. gr., una ley descentralizadora, una constitucion que declara ó reconoce los derechos naturales del hombre, ántes injustamente negados por el Estado, una ley que levante la prohibicion de disponer cada cual libremente de sus bienes por testamento, rehabilitando en este respecto al hombre en su soberanía, etc.

(2) Así lo presintió el ilustre Grocio cuando decia que la permision no es, propiamente hablando, un efecto real de la ley, y que no deja de ser una inaccion sino en cuanto obliga á los demás á no poner impedimento alguno al que ha recibido la permision (*De j. belli ac pacis*, lib. I, cap. I, § 9). Pero Barbeyrac le sale al encuentro, y haciéndose eco del sentimiento que desde entónces ha venido dominando en una ú otra forma en la ciencia, sostiene que la permision es un efecto tan real de la ley, tomada en sentido lato, como la obligacion más ineludible; por esto no existe accion alguna respecto de la cual no pueda el superior imponer la necesidad de obrar en una cierta direccion ó de abstenerse; pero hay muchas que hallándose sometidas á su direccion, las abandona á las personas privadas, dejando á cada cua

cuales, por cierto, ha corregido el sentido comun la artificial doctrina de los teóricos, porque nunca ha creado reglas permisivas.—4º Las denominaciones en cuestion dicen que la ley manda, prohibe ó permite, pero no siendo lógica deduccion de la teoría del derecho, no expresan el por qué mandan, prohiben ó permiten, y si lo hacen justa ó injustamente; llevando la lógica por este camino de lo arbitrario á tales extremos, que hay notable escritor en cuya opinion cabe una clasificacion de la ley que no lo sea juntamente del derecho, y esa precisamente la que estoy impugnando (1).—5º No llevan envuelta la razon de ser esos, y no otros ni más, los miembros de la division: con igual derecho, el Código de la Luisiana atribuye cinco funciones ó *virtudes* á la ley, ordenar, permitir, prohibir, proponer recompensas é imponer penas; y siete el Código castellano de las Partidas, creer, ordenar las cosas, mandar, ayuntar, galardonar, vedar y escarmentar. — 6º Promueve disputas tan reñidas y da ocasion á prácticas tan peligrosas como las renuncias, y la teoría de la derogacion y de la abrogacion de las leyes por pactos privados: no pueden renunciarse ni derogarse por particulares las leyes prohibitivas, ni las imperativas en que esté interesado el órden público y las buenas costumbres: esto vienen á decir los Códigos, dando un sesgo torcido á la division del derecho en necesario y voluntario, que palpita en el fondo de esa disposicion, pero que no acierta á ver con claridad; porque ¿en cuáles leyes están inte-

---

la libertad de obrar como lo juzgue más á propósito; no es una simple inaccion, sino un acto muy positivo, por el cual el superior ó el legislador relaja su derecho. Y así como las acciones prohibidas ó permitidas por la ley, son positivamente reguladas por ella, lo son de igual modo las acciones permitidas, en cuanto la ley confiere el poder de hacerlas ó de no hacerlas, ó confirma y permite esa facultad, que habria podido quitar en todo ó en parte (*Notas à Grotius*, ed. Pradier Fodère, 1867, t. I, p. 74). Está muy lejos de haber desaparecido este modo de entender la ley en nuestro tiempo: «Que en teoría, el legislador tiene derecho á estatuir, segun los principios de justicia y de conveniencia pública, para todos los actos de la vida, áun los más insignificantes, es un punto incuestionable; pero que, en la práctica, no debe llevar la exageracion de su autoridad, ó el celo desmedido en proteger á los súbditos, hasta el extremo de legislar para todo, es no ménos evidente (Tarrasa, *ob. cit.*, p. 142).» ¡Siempre el criterio de la arbitrariedad!

(1) El mismo Tarrasa, pág. 21. Por lo demás, ha mejorado la clasificacion histórica de las leyes, subdividiendo sus interiores miembros. «Por razon de la obligacion, dice, las leyes se dividen en preceptivas y preventivas ó supletorias: por el modo de obligar, en imperativas, prohibitivas y permisivas.»

resados y en cuáles no el órden público y las buenas costumbres? ¿Cuáles son y cuáles no leyes prohibitivas, si en las legislaciones hay leyes que no revisten la forma de la prohibicion, y son, sin embargo, de obligado cumplimiento, y viceversa? El concepto responde á algo esencial, á saber, la existencia necesaria de leyes que no obligan á la voluntad sino hipotéticamente, cuando la voluntad espontáneamente las pone en vigor aceptándolas (las leyes supletorias); razon por la cual, no es admisible la doctrina de B. Gutierrez, que pretende poco ménos que desterrar de la legislacion toda ley que, segun el término corriente, hayan de poder derogar las personas privadas (1); pero por otra parte, la expresion de ese concepto es irracional é inexacta, porque, no es que la ley deje de regir cuando los particulares la derogan ó la renuncian, sino que rige cuando explícita ó implícitamente la ponen en vigor, haciendo uso de su libertad, dando á sus actos la forma regulada en esa ley, y no otra alguna como pudieran.

12. Reconocimiento de la precedente distincion: libertad civil.—No es cosa tan hacedera y fácil como pudiera parecer á simple vista, distinguir en la práctica las relaciones voluntarias de las necesarias, y escribir en los códigos á un lado lo que debe regir en calidad de obligatorio, y al otro lo que debe prevalecer únicamente como supletorio: la prueba de esa dificultad, nos la dan bien patente las legislaciones positivas de todos los países. De tres modos, principalmente, puede ser negada ó desconocida aquella racional distincion del derecho ó trastocados sus términos, y de todos tres ofrecen esas legislaciones numerosos ejemplos.

1° Traduciendo en leyes facultativas ó voluntarias lo que la razon estima como necesario. Por ejemplo, la emision del sufragio político, que es una funcion necesaria del Estado, porque sólo mediante ella se fijan, se condensan ó cristalizan, por un como precipitado químico, los ideales que flotan disueltos en la atmósfera de la sociedad,—se deja, no obstante, al ar-

---

(1) *Códigos* ó *Estudios fundamentales* etc., t. I, sec. 5ª, § 12.

bitrio de los electores, como si en nada afectase á la salud y á la vida del cuerpo social, y sola la Constitucion del Brasil, hasta el presente, ha declarado obligatorio el ejercicio de este derecho político. El primer grado de la enseñanza elemental, condicion, al par de otras, indispensable para que el hombre conozca y cumpla sus deberes de ciudadano, y aproveche los bienes que á todos ofrece la civilizacion, y no se retrase en la carrera precipitada que arrastra al mundo, ni como masa inerte la embarace, en vez de impulsarla; esa primera enseñanza, tan necesaria á todos en las condiciones en que viven actualmente las sociedades cultas, se vacila en declararla obligatoria, y se consiente que una gran masa de hombres vivan divorciados de su pueblo, y como hijos de otro siglo, para quienes no es inteligible la lengua en que el presente les habla.

2º Traduciendo en leyes obligatorias é ineludibles el derecho que la razon tiene por voluntario y libre. Así, por ejemplo, la sociedad conyugal se constituye en virtud de condiciones que la hacen perpétua é indisoluble: concierto de caractéres, comunidad de fines, fidelidad en los afectos, consideracion mútua, etc.; pero si el supuesto de esas condiciones desaparece, la consecuencia de la perpetuidad se destruye: si las condiciones varían, el vínculo conyugal se quiebra espontáneamente, y es horrible tiranía en la ley, inspirada por disciplinas religiosas no bien definidas, mantener unidas, por fuerza exterior, dos voluntades que mútuamente se repelen: así, hay legislaciones que, llevadas de un espíritu más racional y práctico, admiten el divorcio *quoad vinculum* con más ó ménos requisitos y por motivos más ó ménos graves: Prusia en catorce casos, uno de ellos por mútuo consentimiento no habiendo hijos, y áun habiéndolos si median ciertas circunstancias: el Código civil francés, tal como rige en la isla Mauricio y en el Canadá, en ciertos casos, uno de ellos por el consentimiento mútuo y perseverante de los esposos, expresado del modo prescrito en la ley: el código austriaco por varias causas, entre cónyuges que no pertenezcan á la comunion católica: las legislaciones de Escocia, Massachussets, Holanda, etc., tambien

por diversos motivos, uno de ellos, en el código holandés, si habiendo vivido separados cinco años, manifiestan ámbos consortes su deseo de divorciarse. En parecido caso se encuentran aquellas ridículas é ilusorias disposiciones de los códigos en que se manda á la mujer obedecer al marido, vivir en su compañía, seguirle adonde éste traslade su domicilio ó residencia, no publicar sin su permiso obras literarias ni científicas, etc., como dice la ley española de Matrimonio civil; y al marido, proteger á su mujer, tenerla cerca de sí, procurarle todo cuanto sea posible para las necesidades de la vida en proporcion á sus recursos, como dice el código italiano; y al uno y al otro, deberes mútuos de cohabitacion, fidelidad y asistencia, como en ese mismo cuerpo legal se lee; relaciones todas que de hecho se rigen, como deben regirse, por la libre voluntad de los esposos, y no por impulso exterior de la ley;—ó bien, las leyes que prohiben á la mujer, aunque sea más instruida que su marido, vender, hipotecar, adquirir, ni figurar en juicio sino en concurrencia con aquél, ó con su licencia; disposiciones que con razon censuran Mittermaier, Ahrens y otros jurisconsultos.—Otro ejemplo nos suministra la testamentifaccion: principio emanado de la naturaleza misma de la familia, pusiéronle trabas una falsa piedad y el inmoderado deseo de igualdad que una lógica abstracta y niveladora infundió en la ciencia del derecho y en la legislacion: la autoridad del padre menoscabada, rota y desunida la familia, condicionadas en diverso grado las necesidades de los hijos, las cuales con ser muy diferentes y desiguales en unos que en otros, reciben idéntica suma de medios: tales son, entre otros no ménos amargos, los frutos que recoge la vida allí donde, como en Castilla y Francia, desconocen las leyes el principio de la libertad de testar, é indirectamente declaran á los hijos condóminos del padre por partes iguales.—Citaré tambien como ejemplo muy señalado la constitucion del Consejo de familia: los códigos europeos que lo han admitido como una novedad, el francés, el portugués, etc., limitan su accion á una de las instituciones de derecho doméstico,—la guarda de menores é incapacitados,—articulan un modo de composicion, y le imprimen carácter ne-

cesario y obligado: á nadie es lícito estatuir una forma distinta de la oficial, ó nace herida irremisiblemente de nulidad; con lo cual, el Estado nacional invade ajena jurisdiccion, y atenta al derecho de la familia; ya que no se concibe una forma única que se pliegue á las infinitas situaciones en que la vida nos presenta á las familias, tan diferentes unas de otras, y se habría menester, por lo tanto, amplitud de movimientos y libertad de accion para acomodar la composicion del Consejo á las circunstancias especiales de cada familia, como hemos visto que acontece en el Alto Aragon, donde el uso ha generalizado de siglos esta institucion, allí enlazada históricamente con el primitivo derecho gentilicio.—Todavía es más extraño ejemplo de esta negacion del derecho individual, el censo enfitéutico: en ódio al feudalismo, y envolviendo en una condenacion comun el elemento racional de la institucion y los abusos que se habian implantado á su sombra, hizo caso omiso de ella el código civil francés; y el proyecto de código civil español la mencionó para prohibirla terminantemente, porque, á juicio de sus autores, «útil y casi necesaria cuando la propiedad se hallaba en pocas manos y desdeñosas del cultivo, no lo es hoy dia por motivos contrarios, y más bien serviría de embarazo que de fomento á la riqueza, por el derecho de fadiga ó retracto, y por la injusticia del laudemio, comprensivo del valor de las mejoras (1)»: más prudentes y más respetuosos con la libertad y con la tradicion los códigos portugués é italiano, han preferido reformar á suprimir, y admiten el enfitéusis, simplificando la antigua complicadísima jurisprudencia, y eliminando de él la multitud de cargas y gravámenes que tan odioso llegaron á hacerlo.

3° Estableciendo como derecho supletorio una ley que no expresa la conviccion jurídica de la generalidad, ó manteniéndola en pié cuando ha cesado ya de expresarla. Hé aquí un ejemplo de esta nueva faz de la tiranía civil. Los fueros y observancias de Aragon reconocen á los padres de familia la facultad de distribuir sus bienes entre sus hijos en la forma que crean más conveniente, sin excluir el heredamiento uni-

1) Garcia Goyena, *Comentarios al Proyecto de Código civil*, art 1547 (t. III, p. 494).

versal á favor de uno de ellos, con tal de no olvidar á los demás, y de asignarles un tanto por vía de legítima; pero declaran al mismo tiempo que, caso de que fallezcan los padres sin disponer, se dividirá la herencia intestada, por ministerio de la ley, entre los hijos, á partes iguales, lo mismo que en Roma y que en Castilla. Lo primero es el reconocimiento del derecho individual; lo segundo, un testamento general, dado con carácter de supletorio. Pero, en el Alto Aragon, se ha conservado la antigua costumbre de instituir heredero universal al hijo ó hija que por sus circunstancias personales y las de la casa parezca convenir más, á juicio de los padres, y si estos fallecen ántes de que sea oportuno proceder á la eleccion, á juicio del consejo de familia. Esta es la práctica secular, profundamente arraigada en el corazon de aquellos montañeses, y que se armoniza perfectamente no sólo con sus tradiciones civiles, sino ademas con las necesidades de su suelo, el cual se despoblaria casi por entero si las herencias se partieran en porciones iguales conforme al número de los hijos, al modo de Castilla. Ahora bien; si tal es la conviccion comun y la voluntad general, es lógico presumir que las voluntades particulares entienden someterse tácitamente á ella, cuando por negligencia, por economía ó por otro motivo, no la han manifestado de un modo expreso; que no ha podido ser su ánimo aceptar una regla escrita, exótica en el país, que el país unánimemente rechaza en sus hechos, y que está en pugna con su interés y con el deseo que á todos anima de perpetuar el solar y el apellido de los antepasados, tal como de los antepasados los recibieron. Pues á pesar de todo, esa regla exótica es la que se impone en tales casos; faltando abiertamente al principio en que está fundada la aplicacion de toda ley supletoria, y atropellando á todas luces el derecho de la individualidad. Puesto que en la práctica no tiene ya curso esa ley, la razon pide que se la despoje del oficio de supletoria, y se subrogue otra en su lugar. No es á la mayoría, sino á la minoría, á quien debe obligarse á establecer en cada caso ley contra ley (*charta* contra fuero). La ley debe ir con los más y no con los ménos: debe mirar á la regla y no á la excepcion.

Llamamos régimen de libertad civil á aquel en que el Estado superior respeta á los indivíduos y á las familias la libertad de accion dentro de su privativa esfera, limitándose al papel de regulador, registrando en el Código las formas en que traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolas con carácter supletorio, facultativo, y por decirlo así, docente. Cuando el legislador traza la perspectiva de un proyecto de ley, debe principiar distinguiendo el elemento necesario y el elemento voluntario y libre de la institucion, como si dijéramos, el elemento público y el privado, y desarrollar uno y otro en dos distintas secciones (1). Es lo que exige el método: haciéndolo así, deslindando los dos derechos, se corre ménos riesgo de tergiversar los caractéres distintivos del uno con los del otro, y de sancionar con pena de nulidad el que debe ser libre, ó por el contrario, desamparar el que debe ser obligatorio. No lo han entendido así los autores de Códigos, ni es extraño, cuando la ciencia no ha entrado todavía en este sentido, ni ménos se ha curado de clasificar ni de inventariar

---

(1) A este propósito dice muy bien Tarrasa: Esta máxima (que «no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en que estén interesados el órden público y las buenas costumbres») no debe figurar en un Código, como que es una declaracion estéril de ninguna aplicacion práctica. Lo que conviene es una reforma completa de la legislacion, reduciendo su parte preceptiva á lo estrictamente necesario: hecho esto, una declaracion de que las leyes no pueden dejar de observarse á título de renuncias ni de pactos, sin distincion de si son de derecho público ó de derecho privado: un buen sistema de leyes supletorias que sirvan de guia, no de traba á la libertad del súbdito; y el que concebidas éstas en términos potestativos ó supletorios, de modo que indiquen claramente que los particulares pueden disponer de otro modo si les conviene, en sus pactos privados, quiten la ambigüedad de tales declaraciones, como la del art. 11 (del proyecto de Código civil).» *Ob. cit.*, p. 143.—Pero adoptando este sistema, está demás la doctrina de renuncias á que el autor concede en otro lugar tan desmedida importancia. «Dos sistemas, dice, pueden admitirse en materia de nulidades: el uno es el que favorece á la ley, el otro el que favorece á la libertad: segun el primero, todas las leyes inducen nulidad, si ellas no disponen lo contrario; por el segundo, ninguna induce nulidad, si expresamente no lo dispone, excepto las que confirman el derecho natural, ó la moral ó el órden público, que inducen nulidad tácita. El primer sistema es el seguido en la ley de Teodosio, en nuestro Proyecto y en el Código de la Luisiana; el segundo es el del derecho romano antiguo, el de nuestras leyes antiguas y modernas, y el de casi todos los Códigos extranjeros; pero ¿cuál de los dos es el preferible? No se trata de cercenar al legislador sus facultades para imponer la nulidad cuando lo tenga por conveniente: se trata de averiguar si es mejor el que la nulidad se declare en cada caso si el legislador lo desea, ó el que declarada como regla general, la tenga que rechazar en cada caso si no la quiere. Que esto último es lo más aceptable, se convence con muchas razones... (Ibid., p. 95).»

con la debida separacion las categorías necesarias y las voluntarias de cada institucion. Véase en qué términos se expresa, por ejemplo, el Código foral aragonés, el más libre de Europa:

Judex debet stare semper et judicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra jus naturale continetur in ea (Observ. 16 de fide instrumentorum: cf. 6 de confessis, *Judex stat instrumento*: f. 1 de equo vulnerato, *de foro stamus chartae*). Y ampliando los intérpretes esta máxima general, dicen: «La sociedad conyugal se arreglará á lo dispuesto en el presente título. Sin embargo, los contrayentes están facultados para separarse en todo ó en parte de lo que en él se dispone Las disposiciones anteriores y las que en lo restante de ese título se contienen, sólo tienen lugar cuando nada hayan dicho los contrayentes acerca de los extremos que abrazan, pues cuando manifestasen su voluntad sobre todos ó alguno de ellos, ésta es la que servirá de regla. En la capitulacion, pueden ponerse los pactos que quieran los contrayentes, aprovechando ó renunciando las disposiciones forales. (Franco y Guillen, *Instituciones de derecho civil aragonés*, cap. II y III, art. 25 y 42: cf. J. Portolés, *De consortibus*, v° Consultatio: M. Dieste, *Diccionario de Derecho aragonés*, v° Sociedad conyugal).» Y en virtud de este respeto con que la ley condiciona la libertad individual, proclaman los contrayentes la sustantividad de su derecho en una cláusula que suele cerrar su capitulacion matrimonial, por este tenor: «Pactaron, por último, que lo contenido en esta escritura se observe, no obstante cualesquiera leyes, fueros, usos y costumbres en contrario.» «Y pactaron dichas partes que la presente capitulacion se haya de entender y entienda conforme á los fueros del presente reino de Aragon, en cuanto no se opongan á lo arriba pactado.» Y el Tribunal Supremo de Justicia, en pleito procedente de Aragon: «Esta regla general se halla subordinada á la voluntad de los mismos contratantes...» (Sent. de 6 de Nov. 1866).

Como en Aragon no se conoce la rescision por lesion enorme, ni está restringida la testamentifaccion, ni prohibido el que los esposos estatuyan el régimen de bienes que quieran, contraten entre sí los casados, disponga de su dote la mujer, etc., la generalidad del precepto foral que acaba de leerse parece tener alguna razon de ser: todo el derecho foral es derecho voluntario y supletorio; la voluntad de los particulares, la única soberana, miéntras no se pronuncie contra el derecho

natural. Y sin embargo, no es así: contienen los fueros multitud de disposiciones preceptivas, relativas al poder paterno y marital, tutorías, divorcio, capacidad de obrar, y otras, que obligan á la voluntad, cuyos términos no puede mudar la carta. El sentido natural ha determinado cuáles de entre las disposiciones forales son de observancia obligatoria, y cuáles de libre aceptacion, y la clasificacion está viva en la práctica; pero el fuero no lo expresa de un modo sistemático, y esto constituye una imperfeccion gravísima.—Sálvase de ella en parte el Código civil francés en algunos tratados, por ejemplo, en el de familia, en la forma siguiente:

«La ley no regula la asociacion conyugal, en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales, que los esposos pueden hacer como lo estimen más conveniente, con tal que no sean contrarias á las buenas costumbres, y en todo caso, bajo las modificaciones siguientes (artículo 1387). Los esposos no pueden derogar los derechos que hacen referencia al poder marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, ó que pertenecen al marido como jefe, ni los derechos conferidos al sobreviviente en los títulos de la patria potestad, de la menor edad, de la tutela y de la emancipacion, ni las disposiciones prohibitivas del presente Código (1388). No pueden pactar ninguna disposicion ó renuncia cuyo efecto haya de ser alterar el órden legal de las sucesiones de sus hijos ó descendientes..., (1389). A falta de estipulaciones especiales que deroguen el régimen de la comunidad ó lo modifiquen, las reglas establecidas en la primera parte del capítulo segundo constituirán el derecho comun en toda Francia (1393).»

Aquí, como se ve, están deslindadas las dos ramas de derecho necesario y de derecho voluntario; pero, desgraciadamente, se ha incluido en la primera, materias que deben pertenecer á la segunda, como, por ejemplo, la perpetuidad del matrimonio, la constitucion del Consejo de familia, la testamentifaccion y otras. Le falta á este Código lo que hemos visto que el Fuero aragonés reconoce en una forma sobradamente cruda: la libertad.

Y la falta de libertad trae como obligada consecuencia los daños y trastornos que se enjendran por lógica necesidad de toda trasgresion jurídica. En vano se buscan expedientes y arbitrios para evitar los males producidos: si algo se consigue,

es agravarlos: trastornado el órden gerárquico de la razon, holladas las leyes biológicas del derecho, negada la sustantividad á tantas esferas jurídicas que requieren, por su propia naturaleza, ser independientes y soberanas, puede decirse que la sociedad vive de milagro, presa de la anarquía ó del despotismo civil, que en el fondo son una cosa misma, desquiciado ó sumido en degradante servidumbre el municipio, envuelta en pleitos y en ódios la familia, devorada de pasiones ó atormentada de dolores y angustias la individualidad. Como de costumbre, daré relieve á esta triste verdad, presentándola viva y encarnada en la historia.

Refiérese el primer hecho al principio de la testamentifaccion en España. Los Concilios de Toledo, con pretexto de reprimir la licencia de los padres de familia, que malversaban en vicios sus caudales, y desatendian las necesidades más perentorias de su familia, introdujeron el sistema de las legítimas forzosas, coartando y casi reduciendo á nulidad la antigua libertad civil. Así como fué echando raíces tan artificial sistema, y borrándose las costumbres indígenas que, en las behetrías de Castilla y en las montañas de Aragon, hacian fuerte y estable la familia, se sintieron más vivamente los estragos que causaba el sistema del Fuero Juzgo, y en los primeros años del siglo XIV se pensó sériamente en atajarlos y ponerles remedio. Se quiso hacer de la familia una sociedad y un Estado permanente de derecho, con tradiciones y costumbres, firme baluarte á un tiempo del indivíduo y de la nacionalidad; mas para lograr este efecto, emprendieron opuesto camino Aragon y Castilla. Contentáronse allá con apartar el obstáculo que el Código toledano oponia á la libertad de testar, y restituyeron al derecho de familia lo que nunca se le debia haber arrebatado: optaron en Castilla por crear una institucion nueva, la vinculacion y el mayorazgo, lo más opuesto á la libertad que pudieran haber discurrido. Lo mismo en Aragon que en Castilla, se logró el resultado que se apetecia, pero con efectos diametralmente contrarios, como contrarios eran los medios practicados. Baste decir que en Aragon subsiste todavía, respetada y poderosa, la ley del siglo XIV que reconocia al padre la li-

bertad de disponer de sus bienes para despues de sus dias, y que sigue produciendo los mismos beneficiosos resultados que entónces; al paso que en Castilla fueron tan desastrosos los efectos de la vinculacion, que ha sido menester abolirla y prohibirla para lo venidero, cayendo vencida al peso de la execracion universal. Y como suele suceder siempre que se reproducen fenómenos de esta naturaleza, que una vez perdida la orientacion, casi nunca se da con el camino derecho, pasando, por ley de reaccion, del mal que se abomina al mal opuesto,—al destruir los mayorazgos, no se consultó la razon ni la conveniencia que aconsejaban la libertad, ni se pensó en más que en plantear un sistema contrario á la odiada vinculacion, sistema nivelador, que sacrifica la familia en aras de un falso individualismo y de una pseudo-democracia, y que la triste experiencia de todos los dias condena como pernicioso y desmoralizador.. «Ya llegareis vosotros, decia hace algunos años un elocuente jurisconsulto castellano á los miembros de la Academia Matritense de Legislacion y Jurisprudencia, ya llegareis vosotros á conocer el mundo en los procesos, y á fé que no es malo ni poco seguro modo de estudio el contemplarle por el prisma del papel sellado en los tribunales de justicia. ¡Oh! ya observareis afligidos que apénas hay familia castellana que no riña, y pleitee, y se disuelva á la muerte del padre y de la madre, por causa de las legítimas. Vereis que, calientes aún las cenizas del jefe de la familia, ésta se despedaza y destroza, y se desacredita, y sus miembros se aborrecen, se injurian y se calumnian en unas particiones, de las cuales salen al cabo lo que llaman las hijuelas, y con ellas, y al propio tiempo, la liquidacion del amor y de la ternura, y la liquidacion material del patrimonio y de las tradiciones de la familia. Y ¡dolor es considerarlo! todo este mal se evitaba con haber dejado al padre disponer de lo suyo aquello que tuviese por conveniente. Ya vereis, lo he visto yo, á un padre demandado por sus hijos á causa de la legítima materna, embargados no sólo sus bienes raíces, sino los muebles de su propia habitacion, y obligado á buscar, contra su misma prole, procurador que le representase y abogado que le defendiese. Y si viendo todo esto,

os empeñais en sostener que la legítima castellana es el modelo de las legislaciones prudentes, y que obligar al padre á testar dentro de una órbita préviamente fijada por la ley, es una sábia combinacion, os confesaré que estoy ciego, ó habré de deciros que estais poseidos vosotros de una ofuscacion incomprensible... Las familias castellanas, puesto que sean subordinadas en vida de los padres, pierden toda subordinacion en cuanto los padres fallecen... Tal escuela no es á propósito, en verdad, para infundir respeto ni confianza. Fuera de que puede suceder muy bien al hijo, que en su infancia haya presenciado la muerte de sus abuelos, y contemplado la lucha de su padre y de sus tios, disputándose los bienes paternos como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa. De este modo va pervirtiéndose y desnaturalizándose el corazon filial, hasta llegar á ser todo lo contrario de lo que debiera...» (1). Pues todavía ha pasado en silencio uno de los daños que se siguen de esa falta de libertad, más grave, si cabe, que aquellos, y es: la triste suerte de la viuda que carece de bienes propios para sobrellevar su viudez con dignidad. La consideracion de que la mujer vive rodeada en el matrimonio, se trueca en indiferencia y en desvío no bien ha muerto su esposo: los bienes de éste se los dividen los hijos, ó los hermanos, ó los sobrinos, sin la menor consideracion á la viuda: á la disolucion del matrimonio, sucede la disolucion de la familia: aquella casa donde tanto tiempo habia sido señora y reina, deja de ser su casa: la liquidacion y el inventario se alzan al punto á profanar aquel dolor augusto, y á hacerlo más amargo y agudo: la ley la relega al quinto lugar en el intestado del marido: el abogado de los herederos le disputa aquella limosna que con nombre de cuarta marital le asignó la piedad romana, áun cuando justifique su pobreza, y acaso os pide un dia una limosna la mujer que la víspera nadaba en la opulencia (2).

Otro ejemplo nos suministra la accidentada historia de las

(1) *Discurso leido por D. Cándido Nocedal* el 29 de Octubre de 1866, en la Academia Matritense de Legislacion y Jurisprudencia.

(2) *Derecho consuetudinario del Alto Aragon*, cap. VI.

renuncias legales en Castilla. No hay concepto más falso, ni tampoco más peligroso en derecho, que el que envuelve esa frase: *renuncia de leyes*, y es una de las consecuencias á que ha dado ocasion, de un lado, la falta de un claro deslinde entre lo que se tiene, dentro de cada Código, por derecho necesario y obligatorio, y lo que por voluntario, potestativo y supletorio; y por otra parte, el régimen artificial y de despotismo civil en que se ha hecho vivir al indivíduo y á la familia. La negacion por el Estado de la libertad individual en el órden civil, ha engendrado esa falsa concepcion de las renuncias, estimando: 1º Que las leyes están dadas en beneficio de los particulares: 2º Que estos pueden abstenerse ó dejar de usar ese beneficio. Recuérdese lo que llevamos dicho acerca de las llamadas leyes permisivas: el sentido es uno mismo: así como allí parece que si el indivíduo es libre de pactar dentro de los límites del derecho supletorio, es porque el Estado, que podria impedirlo, se lo consiente; tambien aquí el indivíduo podria derogar ó renunciar las leyes de derecho absoluto, si expresamente no se lo prohibiese el legislador. A esta concepcion formalista del derecho son debidas ciertas disposiciones que se leen en los Códigos, al tenor de estas: «Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt *renuntiare* (1). Jus publicum privatorum pactis *mutari* non potest: privatorum conventio juri publico non *derogat*: pacta quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est (2). No pueden *renunciarse* de una manera general las excepciones que puedan presentarse á la ejecucion de un contrato, ni los medios de nulidad que pudiera invocar un tercero (3). La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la *renuncia* especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra estas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario (4). No pueden *derogarse* por convenios particulares las leyes en cuya observancia es-

(1) *Cód.*, lib. II, tít. III, 29; lib. I, tít. II, 51.
(2) *Digesto*, lib. II, tit. XIV, 38; lib. L, tit. XVII, 45; lib. II, tit. III, 6.
(3) *Código de Prusia*, art. 193.
(4) *Proyecto de Código civil español*, de 1851, art. 4º.

tán interesados el órden público y las buenas costumbres (1). Los esposos no pueden *derogar* los derechos que resultan del poder marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, etcétera (2).» El error, al ménos de expresion, es universal, así en las leyes como en los libros. En ningun caso están los particulares autorizados para renunciar ni para derogar las leyes: si se trata del derecho necesario, pactar ú obrar contra él, es infringirlo, violarlo, no renunciarlo ni derogarlo: si se trata del derecho supletorio, pactar ú obrar contra él, no es derogarlo ni renunciarlo, sino hacer uso de su libertad natural, dándose á sí propio ley en la forma que juzga más apropiada á su especial situacion. Así, por ejemplo, existe un interés legal, cinco ó seis por ciento, pero es tipo meramente supletorio, una vez abolida la antigua tasa, que era atentatoria al derecho individual, embarazaba el comercio y fomentaba el fraude y el engaño: las partes son libres de estipular otro diferente, y únicamente surte efecto aquél si se lo dan ellas implícita ó esplícitamente (3): ¿diremos que hay renuncia de ley cuando el interés convencional es de ocho, diez ó veinte por ciento? El fuero de Bailio es derecho potestativo en la legislacion aragonesa y en la lusitana, con una diferencia: en Portugal, para que rija, basta el silencio de los particulares, que no intervenga pacto en contrario; al revés en Aragon, tienen que declarar expresamente, en forma legal, su voluntad de someterse á él: ¿diremos, por eso, que los contrayentes lusitanos renuncian ó derogan la «costumbre general del reino,» cuando manifiestan casarse por el sistema dotal, ó que renuncian ó derogan el sistema general del fuero los cónyuges aragoneses, cuando estipulan el «pacto de hermandad,» ó que derogan éste y

---

(1) *Ibid.*, art. 11; *Código Napoleon*, art. 6°; *Cód de Holanda*, art. 14, etc.

(2) *Cód. Napoleon*, art. 1388.

(3) Sin embargo, todavia no han aprendido bastante los legisladores modernos acerca de la eficacia de las antiguas leyes usurarias, y suelen fijar, además del interés legal, un límite máximum al convencional; v. gr., el Código de la Luisiana, cinco por ciento al primero, y diez por ciento al segundo: en el proyecto de Código civil español, el interés convencional no puede exceder del doble del legal. En Austria, Prusia y Francia, el legal y el convencional son iguales. Con mejor y más práctico sentido, el Código portugués reconoce á los contrayentes la libertad de pactar la retribucion que mejor les parezca.

aquél cuando capitulan segun el sistema castellano? Evidentemente que no. Pues en idéntico caso se encuentran las demás leyes renunciables. Cuando una ley de Toro autoriza á la mujer para renunciar los gananciales, expresa un concepto falso: lo que debiera hacer es declarar libre y supletoria la legislacion relativa á gananciales, reconocer á los contrayentes la facultad de escoger ó de estatuir el régimen de bienes que mejor les convenga ó parezca, ese ó el contrario á ese. Cuando una ley de Partidas autoriza á la mujer para renunciar el beneficio del senado consulto Veleyano, no hace sino dar á éste un carácter supletorio, y aproximarse á la legislacion aragonesa, en la cual la mujer puede constituirse en fiadora (1). Cuando el Código de Comercio autoriza para ejercerlo á los menores de edad que han cumplido veinte años, con tal que hagan solemne y formal renuncia del beneficio de restitucion, obligándose con juramento á no reclamarlo en los negocios mercantiles en que intervengan, incurre en el mismo vicio, porque lo que en el fondo hace es despojar al beneficio de restitucion del carácter de derecho obligatorio, y abandonar el punto sobre que versa á la libertad de los interesados, á quienes realmente pertenece de derecho,—que á no considerarlo como tal, no consentiria esa pretendida renuncia. Cuando la Novísima Recopilacion declara que la ley del Fuero Real que prohibe al marido dar en arras á su mujer más del décimo de sus bienes, no es renunciable, lo que hace es trasladar á la categoría de derecho necesario y público lo que una costumbre más ó ménos abusiva habia hecho caer en desuso. Cuando una ley se renuncia con insistencia, es indicio casi siempre seguro de que en la legislacion existe algun impedimento contrario á la naturaleza humana, que embaraza el libre desenvolvimiento de la vida, y el legislador debe apresurarse á apartarlo: ¿qué otra cosa significa, por ejemplo, la renuncia de la ley 61 de Toro, en España, tantas veces repetida cuantas anulada por el Tribunal Supremo, el cual declara constantemente que tal ley no es renunciable, sino que la opinion

(1) Partida 5ª, tit. XII, leyes 2ª y 3ª.

pública la repugna por opresora, que es absurdo obligar á la mujer á que en tan alto grado desconfie de su marido, y que aspira á introducir en Castilla la secular costumbre de Aragon, donde la mujer puede salir fiadora por su marido y obligarse de mancomun con él? La cuestion, pues, tan debatida de las renuncias, sobre la cual no acaban de ponerse de acuerdo los comentaristas, se resuelve por completo en la division que hicimos del derecho en necesario y voluntario: pruébalo indirectamente el hecho de que, en medio de sus divergencias, los más de los comentaristas que de esta cuestion se ocupan, reconociendo toda la importancia que entraña, vienen á convenir en esto: «las leyes miran al bien comun, ó miran al interés privado: las segundas son renunciables; las primeras no (1).» Doctrina que, ciertamente, no coincide con la que venimos exponiendo, pero que se aproxima á ella.

Ahora bien, y viniendo á nuestro ejemplo: desde el siglo XV, la falta de libertad civil en Castilla dió á las renuncias tal latitud, que llegaron á constituir una cuestion social: la personalidad humana, estrechada, ahogada en una red de beneficios y defensas que le privaban todo movimiento, por miedo de que se lastimase, se vengaba desautorizando las leyes, y poniendo por encima de ellas su voluntad: así como para evitar la desmembracion y la disolucion de las familias, discurrió á espaldas de la ley un recurso que resultó abusivo y perjudicial, el mayorazgo, así para recabar la libertad natural de contra-

---

(1) Acursio, *Coment.*, al § 2°, ley 1ª, tít. I, lib. I, ff. *de justit. et jure*, Digesto;—Covarrubias, comment. al cap. *Quamvis pactum*, tít. *de pactis* del Sexto de las Decretales, part. 2ª § 1°, n. 6°;—Barbosa, comment. á la ley 1ª, tít. III, lib. XXIV del Digesto, ff. *soluto matrimonio*, part. 1ª, n. 65;—apud Castro, *De las leyes y sus intérpretes*, libro IV, disc. I.

Castro niega que las leyes sean renunciables, porque los deberes no pueden renunciarse como los derechos, y el cumplimiento de las leyes no es un derecho, sino un deber. Desorientó al insigne tratadista la falta de una clara distincion entre leyes absolutas y leyes supletorias. Tarrasa opina que lo renunciable no son las leyes, sino los derechos, y en tal supuesto, establece las siguientes reglas: «Toda ley que, concediendo ó sin conceder derechos, impone obligaciones, no es renunciable. Toda ley que define sólo derechos, es renunciable, si la renuncia no se halla expresamente prohibida. Son renunciables sin peligro todas las que definen derechos; pero entre estas, aquellas renuncias que la experiencia ha acreditado como perjudiciales y atentatorias á los fines que se propone el legislador, pueden prohibirse.»

tar, que de mil modos se le negaba á título de tutela, arbitró la costumbre otro recurso, la renuncia, que dió márgen tambien á infinitos fraudes y abusos; que es indeclinable consecuencia la perturbacion, allí donde se violenta el órden natural de las cosas: la mujer renunciaba el senado consulto Veleyano ó los gananciales; el hijo, la porcion legítima ó los bienes reservables; el menor, el beneficio de restitucion *in integrum*; el deudor, la excepcion *non numeratæ pecuniæ*; el comprador, la rescision por lesion enorme; el arrendatario, el caso de esterilidad; el donante, la revocacion de donacion; el fiador, el derecho ó beneficio de escusion; el sócio, la comunidad; el litigante la apelacion. Ofreciéndose, como se ofrecian, revueltas unas con otras las leyes de derecho necesario y las de derecho privado ó voluntario, muchas de aquellas se deslizaban en la renuncia á la sombra de estas, y todo era confusion y desbarajuste, que utilizaban los malvados para medrar á costa de los ignorantes: acudia el legislador al mal, prohibiendo tales ó cuales renuncias, y los particulares burlaban el precepto, renunciando la ley prohibitiva de las renuncias: habia verdadero furor de renunciar, y la costumbre era más poderosa que el legislador. Atentos á extirpar tan grave dolencia, y acabar de una vez con los infinitos daños que las renuncias irrogaban á los súbditos en sus bienes temporales y en sus almas, extremaron la prohibicion (1480); mas no por esto se dió por vencido el derecho individual, y á trueque de reivindicar su desconocida soberanía, atropellaba por el abuso y no reparaba en medios, y discurrió el confirmar y sancionar el acto de la renuncia por medio de juramento, con lo cual lo ponian fuera de la accion de la potestad civil, y la obligaban de este modo indirecto á ampararlo, por ser el juramento cosa espiritual, é inducir pecado su inobservancia. Nacieron de aquí desórdenes y fraudes sin cuento en daño de menores y viudas; quedaron sin eficacia hasta las leyes que protegian á las personas incapaces en derecho; los remedios contra los engaños en los contratos, las providencias dictadas para amparar á huérfanos, imbéciles y mujeres, las prohibiciones de alterar el órden legal por actos privados, todo quedaba reduci-

do á nulidad en presencia del juramento. Los contratos nulos y reprobados por derecho, los validaba el juramento, cuando habia intervenido en ellos: hacia mayor al menor de edad, para los efectos de la contratacion; obraba los mismos efectos que la renuncia de beneficios y de leyes que se oponian al contrato, y era más eficaz que ella; trasformaba en dispositiva la parte llamada ejecutiva y formularia de los instrumentos; hacia cesar los efectos de la patria potestad, legitimando los actos entre padre é hijo; daba valor de expreso á lo omitido; suplia la falta de consentimiento especial, cuando sólo se habia prestado el general y éste no bastaba; hacia indivisible lo que por su naturaleza no lo era; valia en lugar de constitucion de hipoteca expresa; cuando el acto era nulo en la forma que revestia, lo hacia valer en el mejor modo que pudiese, etc. Sobre esto, levantaban los letrados montañas de sutilezas y distingos, y llenaban el aire con el clamoreo de sus intérpretes, y revolvian los tribunales, y oscurecian y ahogaban la franca justicia entre nubes de incertidumbres y de dudas acerca de la validez del juramento. Para quitarle su fuerza, discurrióse su relajacion por la autoridad eclesiástica, quien lo concedia por rótulo ordinario, con una facilidad que pasma, haciendo de ella fuente de ingresos; con lo cual se abrió nueva y más ancha puerta á los abusos de los particulares, que eludian sus obligaciones con la misma facilidad con que ántes habian eludido las leyes, y á las disputas de los intérpretes, que edificaron sobre esto toda una literatura. Para prevenir los efectos de este nuevo recurso, añadióse en los contratos una nueva cláusula á la del juramento, en que se prometia no pedir su relajacion ni usar de ella aunque *proprio motu* les fuese concedida, cuya promesa iba confirmada por otro juramento condicional, de futuro; y á este tenor, toda una cadena artificiosa de juramentos y cautelas, que á la postre no garantizaban cosa alguna, porque el ingenio de los doctores hallaba salida para todo (1). Puestos en el camino de las renuncias, se ge-

(1) «El juramento era una especie de panacea ó medicina universal contra las indisposiciones ó enfermedades (pues con este nombre se tratan las leyes) á que los contratos y otros actos civiles están sujetos. Dirán que el juramento trastorna la

neralizó el abuso de renunciar, no ya el fuero y el domicilio, sino hasta la *condicion* de la persona! Reinaba la más espantosa anarquía; sucedíanse unos á otros los perjurios; la legislacion entera estaba puesta en litigio: eran las represalias que tomaba el Estado individual ofendido en su derecho. Nuevamente acudieron al mal los Reyes Católicos; pero como lo atacaron en sus efectos, y no en su raíz, que era lo obligado, no lograron el fin que se habian propuesto. Declararon que sería nula toda obligacion en que interviniese juramento, y que se multaria é inhabilitaria al escribano que diese testimonio de ella. Lo que procedia era desatar de toda traba las leyes de derecho voluntario que consentian la libertad, á fin de dar mayor firmeza y autoridad á las demás, respecto de las cuales no cabia tolerar arbitrio. La ley no se cumplió; llovieron contra ella representaciones pidiendo la abolicion de aquella prerogativa; y así hubieron de acordarlo, publicando dos años después otra que la derogaba casi en todas sus partes, pues sobre reconocer la facultad de usar el juramento en compromisos, ventas, donaciones y cualesquiera enajenaciones perpétuas, la concedian tambien en aquellos contratos que, siendo nulos por derecho, podian validarse mediante el juramento; hasta que, por último, no acallándose las quejas, á pretexto de la libertad de la Iglesia, hubieron de revocar del todo la ley (1502). Otra vez la pusieron en vigor, en vista de los perjurios, fraudes, engaños y simulaciones que en los contratos solian cometerse al amparo del juramento. Pero no se cortaron con esto las dudas y los distingos ni las inmoralidades y fraudes: áun consignadas en las escrituras, se dudaba de su validez; se distinguia en los documentos arbitrariamente una parte dispositiva, puesta por órden de las partes, y otra ejecutiva y formularia, puesta por la rutina de los escribanos, y que hallándose comprendidas en ésta las renuncias, no obligaban á las partes. ¡Qué no se habrá escrito, discurrido y litigado en materia de renuncias, sancion de nulidad, juramento

antigua jurisprudencia é induce otra nueva, y así es sin duda... (Castro, *ob. cit.*, libro IV, disc. III.» Alude, en lo que antecede, al dicho de Curtius: *Juramentum est sicut herba bethonica, ad omnia mala, bona.*

confirmatorio, relajacion, etc.! Ciego ha de estar quien no vea en tan reñida lucha otra cosa que un capricho de la historia ó un accidente pasajero y sin importancia, y no uno de tantos caminos y recursos que arbitra la costumbre para restituir al derecho su soberanía, cuando se ve ahogada por legislaciones opresoras en fuerza de querer ser tutelares, y obra en el espíritu de la colectividad fuerza bastante para rechazar en el hecho sus tiránicas imposiciones. Buscando ansiosa la razon un contrapeso al despotismo civil, que restableciese el equilibrio roto é hiciera posible la vida, halló ese de las renuncias, y sin advertir cuán ocasionado era á los abusos, se abrazó á él como á una tabla de salvacion: envidiaban los castellanos á los aragoneses la libertad del fuero, y procuraron llamarla á sí por ese medio, que como violento y artificial, destruyó con sus desastres los efectos de sus beneficios. En Aragon, lo mismo que ántes, habia prevenido tan gran desórden la libertad.

Allí donde los recelos del legislador pueden más que los instintos de libertad de los pueblos, las leyes, más que leyes son trabas que, en vez de fomentar la vida, embarazan sus movimientos, y entorpecen su normal desenvolvimiento. Es un inconveniente más de la falta de libertad civil. Como el derecho constituye un tan perfecto organismo, no bien se le hiere en uno cualquiera de sus miembros, repercute el golpe sobre todos los demás, y el organismo entero se resiente. Todo en él está enlazado por relaciones de colateralidad ó de subordinacion: oprímese un extremo, con ánimo de dejar libres los restantes, pero de consecuencia en consecuencia, la lógica trasmite la opresion áun á aquellos que parecian más inofensivos y más independientes. Un ejemplo. La libertad de testar, dogma fundamental del derecho aragonés, no ha tenido aceptacion en el Código de Portugal, y en lugar de ella, se alza prepotente el sistema irracional y opresor de las legítimas. Pues bien; las consecuencias de este sencillo hecho se ramifican por todo el cuerpo de la legislacion, en multitud de corolarios, segun vamos á ver. Primero, la libertad de testar ha producido en Aragon el «heredamiento universal,» y mediante él, una familia estable, verdadero Estado de derecho, con su historia,

que son sus glorias y los recuerdos de sus antepasados, con su territorio, que es su solar, su indiviso patrimonio, con su soberanía, que se traduce en la libertad de pactar, de capitular, de formar una asamblea de parientes, de castigar á los hijos díscolos, de favorecer más á los más necesitados; que realiza su vida en continuidad, acumulando las tradiciones de varias generaciones, y que cuando están próximas á extinguirse, se renuevan por adopcion; que ofrece un centro de atraccion y un puerto de refugio á aquellos de sus miembros que los azares de la vida han dispersado por el mundo. En Portugal no es esto posible, porque los padres no son legisladores ni soberanos en su hogar: la ley nacional divide los patrimonios con igualdad mecánica entre los hijos, y la familia es un eslabon suelto de la cadena de la vida, que el matrimonio está siempre soldando, pero el Estado siempre destruyendo. Otro corolario. La renuncia de los hijos á la herencia paterna al tiempo de recibir la dote ó legítima por causa de matrimonio, lícito y frecuentísimo en Aragon, está igualmente prohibido en el Código de Portugal, que ha creido ver en semejante acto un peligro ó una inmoralidad. La antigua jurisprudencia reputaba por válidos los pactos sucesorios convenidos en contratos antenupciales, así como tambien el acto en que los hijos, y en general los segundones, renunciaban á la herencia, dándose por contentos con lo que los padres les asignaban en dote ó donacion al tiempo de contraer nupcias, á fin de que el hijo mayor recibiese íntegro el solar paterno, y sucediese á los padres en la representacion de la familia y del apellido; pero el Código actual prohibe toda renuncia á la sucesion de persona viva, áun por contrato antenupcial, y por tanto, á las futuras legítimas. Tercero. En Aragon, los cónyuges gozan la facultad de hacerse mútua donacion del usufructo de sus bienes para todo el tiempo de su viudedad, en perjuicio de ascendientes y de descendientes, y con ella han creado esa nobilísima institucion conocida con el nombre de «viudedad foral;» en Portugal estaba ántes consentida á falta de descendientes, con tal que otorgasen el padre y la madre; mas hoy, ni áun con este requisito lo permiten las leyes, porque

envolveria de parte de éstos renuncia á la herencia de persona viva, y se alteraria el órden legal de suceder. Cuarto. Nadie puede encomendar á otra persona que teste en su nombre é instituya heredero de sus bienes: esto que es tan comun en Aragon, y que produce tan excelentes resultados, pudiendo decirse obligado complemento de la libertad de testar, como que sin él no se lograria el fin de la perpetuidad de la familia sino en la forma imperfecta de la montaña de Cataluña (1), eso está terminantemente prohibido por el art. 1740 del Código portugués: «el testamento es acto personal, que no puede ser otorgado por procurador, ni dejarse dependiente del arbitrio ajeno, por lo que respecta á la institucion de herederos y legatarios, etc.» Quinto. La facultad de testar los esposos en un mismo acto, disponiendo uno en favor de otro, que ha producido en Aragon la costumbre del «agermanamiento,» está expresamente negado en el propio Código portugués (artículos 1180, 1750), después de haber estado en uso durante siglos los testamentos mancomunados entre esposos. Por este mismo tenor, ha ido derivando la lógica de un principio único consecuencias contrarias á la libertad (2).

Otro inconveniente no ménos grave que el anterior produce la falta de libertad civil. Revueltas é involucradas unas con otras las leyes de derecho absoluto y las de derecho relativo ó voluntario, declaradas unas renunciables é irrenunciables otras, sin órden ni concierto, presenta la legislacion un aspecto de arbitrariedad, que sobre hacerla confusa, la desautoriza no poco ante la multitud que debiera acatarla ciegamente, como dictado de una razon impersonal. No hay pueblos más sumisos á la autoridad y que más respeten las leyes, que los pueblos donde las leyes no son opresoras. Esa variedad de criterios con que las diferentes legislaciones desarrollan una misma institucion fundamental, explica la diversidad de sus orígenes, ó el distinto grado en que han influido sobre ellas las de la antigüedad y de los siglos medios; pero hace del de-

(1) Segun he procurado demostrar en el *Derecho consuetudinario del Alto Aragon*-p. 53 y ss.
(2) Vid. *Código civil portuguez*, annotado por José Dias Ferreira, 1870-1874.

recho algo como arbitrario, sujeto á los caprichos ó á las inclinaciones de la volnntad, y es un contrasentido en una época que presume de racional;—sin contar aún, que de ahí se originan gravísimos conflictos y dificultades de derecho internacional que tienen embargados y preocupados á tribunales y publicistas. Se domicilian *bona fide*—real ó supuesta—dos esposos españoles ó italianos en Escocia ó en Massachussets: al cabo de algun tiempo, instan el divorcio *quoad vinculum* con justa causa, y los tribunales lo conceden: en su patria, la ley les negaba el ejercicio de ese derecho natural. ¿Qué significa esto? Lo que es verdad al otro lado del Atlántico, ¿es error en Europa? Un español que accidentalmente reside en Francia, redacta su última voluntad en forma de testamento ológrafo, y ese testamento causa en España los mismos efectos que si hubiera de ejecutarse en Francia: si el testador lo hubiese otorgado en el lugar de su naturaleza, ese testamento sería nulo: por clara y patente que estuviese la manifestacion de su voluntad, la ley hubiera cerrado los ojos negándose á mirar. ¿Verdad allende de los Pirineos, error aquende? Dos esposos castellanos pueden ordenar sus capitulaciones matrimoniales en Aragon en la forma libérrima que consiente el generoso fuero de aquel país, sin que la ley castellana les obligue más que en lo tocante á los muebles sitos en alguno de los territorios donde impera. ¿Es el Ebro línea divisoria entre la verdad y el error? Una familia oriunda de Alburquerque ó de Jerez de la Frontera, de Laredo ó Ampuero, posee bienes en una de estas poblaciones y además en Madrid: respecto de aquellos rige la ley de la comunidad universal ó fuero de bailío, si no lo *derogan* en el pacto; respecto de éstos, no, aunque lo hayan estipulado. ¿Qué significa tanto absurdo, sino la ausencia de un régimen liberal, pues si la libertad les asistiese, las legislaciones progresarían al unison, expresando en ellas todos los pueblos la originalidad de su carácter y de su espíritu, pero sin negar la unidad fundamental del derecho humano?

Y hé aquí otra de las fases que ostenta la libertad civil. A la libertad sigue, como lógico y obligado corolario, la uniformidad. Dos ramas del derecho positivo conocemos que se han

producido en el seno de la más absoluta libertad, y son las únicas en quienes no se advierten esas disonancias tan monstruosas y tan inexplicables, si no las explicase la historia: el derecho internacional y el derecho mercantil (1). Si no hubiesen sido obra directa de la espontaneidad humana, manifestada en la costumbre, si se hubiera interpuesto en su formacion la arbitrariedad del legislador, el derecho mercantil ostentaría la discordante Babel de oposiciones y variantes que en el civil advertimos, y que por recaer muy principalmente sobre su parte absoluta ó necesaria, deploramos. Y por el contrario, si el derecho civil disfrutase de la libertad que al mercantil y al internacional favorecen, no tardarían en adoptar los pueblos costumbres en el fondo idénticas, aunque desemejantes en el pormenor, por razon de la adaptacion de un mismo principio de derecho á pueblos dotados de condiciones diferentes. Así, por ejemplo, la libertad de testar ha producido en Aragon y en Inglaterra un modo de vinculacion consuetudinaria, con las ventajas y sin los inconvenientes del antiguo mayorazgo. Y el derecho gentilicio de las diversas ramas étnicas desprendidas del tronco aryo, ofrece en todas asombroso parecido, que más que aire de familia, efecto de la comunidad de orígen, es resultado y prueba de la espontaneidad con que se informaron principios jurídicos comunes en pueblos que profesaban unas mismas creencias, que iban á la par en el camino de la civilizacion, y en quienes alentaban unos mismos ideales.

Miéntras tanto, es la libertad el único principio reductor que hace posible la codificacion del derecho civil en países donde rijan simultáneamente varias legislaciones, fundadas en principios diferentes. Nunca hubiese logrado en España la an-

---

(1) A este propósito, dice Pardessus, *Lois maritimes*, prelim., p. 6: «Las costumbres y las leyes del comercio marítimo, aunque redactadas en Estados diversos y en épocas muy apartadas unas de otras, ofrece un carácter de semejanza que contrasta singularmente con la extremada variedad de las leyes civiles. Puede atribuirse esto á dos motivos igualmente verdaderos: 1°, se trataba de resolver en todas partes problemas suscitados por circunstancias idénticas, y los Estados se veian en cierto modo obligados á ser justos para obtener de los extranjeros la reciprocidad: 2°, disfrutando los interesados de libertad para darse una legislacion particular, los usos de una ciudad no tardaban en generalizarse sino el tiempo necesario para que las demás ciudades experimentasen su sabiduría.»

siada unidad el proyecto de Código civil de 1851, porque estaba calcado sobre la legislacion restrictiva, y áun opresora, de Castilla, y no habia tenido en cuenta para nada las legislaciones forales, tan expansivas por lo comun, de Navarra, Aragon y Provincias Vascongadas. Ese derecho geométrico, estereotipado, abstracto, para quien los hombres son como el barro, que admite cuantas formas quieren imprimírsele, y los pueblos pueden sufrir en obra de una noche tan hondas metamórfosis, que dejen de parecerse á sí mismos, verdaderamente no es derecho sino en la apariencia. No abdican los hombres tan fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir. Tiene fundamentos harto más sólidos que todo eso la tradicion, y merece el respeto de los legisladores lo que ha merecido el respeto de los siglos. Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil) cuantas fórmulas racionales sobre una misma institucion contengan las diferentes legislaciones provinciales (en nuestro caso, la castellana, aragonesa, navarra, etc.), agrupando ordenadamente en derredor de aquella fundamental division del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero ó costumbre no escrita en cualquier punto del territorio, dejando á cada indivíduo y á cada círculo social libertad de accion dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro del Código y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode á su peculiar situacion en cada caso, ó de producir otra diferente, será posible construir un Código civil que sea verdadera expresion original de la nacionalidad española, y llevar al seno de nuestra anárquica legislacion organismo, órden, unidad, no esa unidad abstracta é imposible con que sueñan los prácticos, más ideólogos en esto que los filósofos á lo Rousseau y á lo Kant, sino esa otra unidad viva, orgánica, en cuyo seno cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida, y segun la cual es el derecho quien debe seguir á la realidad, y no la realidad al derecho. Los redactores del proyecto citado, que se juzgaron autorizados, y juzgaron á la nacion con poder bastante para derribar costumbres seculares y arraigadas en la opinion y en la vida,

habian recibido su educacion de una época en que el indivíduo se creia omnipotente, y consideraban á las naciones como unidades artificiales, dúctiles y manejables como escuadrones de un ejército.

Ultimamente, la libertad civil favorece el desarrollo de la costumbre, y contribuye poderosamente, por eso mismo, á que en la vida del derecho haya ritmo, órden, regularidad y consecuencia, y á que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica. Así procuraré demostrarlo en breve (1). Por lo pronto, puede compararse la época moderna, época *legal* por excelencia, con la de los *fueros* municipales, y dentro de la época moderna, el riquísimo derecho consuetudinario de Aragon con el de Castilla.

13. Agente del hecho jurídico.—*En la esfera individual.*—En lo que precede, hemos hallado: 1°, que la nocion Estado abraza toda una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el indivíduo hasta la humanidad: 2°, que cada uno de ellos produce un derecho propio, el cual deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad, y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil*, con relacion al indivíduo y á la familia; de *autonomía* ó *selfgovernment*, con respecto al municipio y á la provincia. Veamos ahora las distintas posiciones en que se nos muestra el Estado en su calidad de autor ó productor de ese derecho, ó sea, como agente del hecho jurídico, principiando por el Estado individual.

Sabemos ya que el indivíduo, como persona y sujeto de derecho, constituye un verdadero Estado, y Estado sustantivo, y que en cuanto preside y gobierna su propia vida jurídica, es soberano y ejerce un poder. Hemos visto tambien que este poder obra de modo distinto ó reviste formas diferentes segun los momentos que abraza la realizacion del derecho: legislativo y

---

(1) En la *Teoría de la costumbre jurídica*, en preparacion.

ejecutivo, judicial y correccional. A estas diversas formas del poder ó poderes particulares, las denominamos funciones. Existen, por consiguiente, en el Estado individual las mismas funciones que los tratadistas han reconocido de antiguo en los Estados sociales (§ 9). No así los órganos. Constituyendo el Estado individual una unidad simple, elementalísima, irreductible, no pudiendo desplegarse en unidades inferiores y sustantivas, siendo, en suma, un Estado-célula, ¡ha de hallarse presente todo él en todas y cada una de sus manifestaciones externas: nopuede dividirse, ni, por consiguiente, ejecutar dos actos á la vez. El Estado individual carece de órganos: realiza directamente, inmediatamente, sin ningun género de mediador, todas sus funciones: es el instrumento universal de su propia vida: todo él, poniendo en movimiento toda su actividad, se constituye en poder legislativo, y atemperando los principios eternos de justicia á su peculiar situacion, formula la regla positiva de derecho que ha de regir sus actos ó un acto determinado: todo él, con toda su actividad, aplica los medios debidos á sus fines, en la forma prevista en esa regla, ejecutando así el hecho jurídico. No por esto los Estados individuales son todos iguales entre sí: multitud de causas los diferencian, así en sus fines como en sus facultades y en su actividad (el sexo, la edad, la vocacion y aptitud, el temperamento, la organizacion física, la herencia, la cultura, el medio social, el predominio de tal ó cual facultad, etc.), imprimen carácter original á sus actos, y determinan una á modo de constitucion interna.

Es, pues, el Estado individual un Estado anorgánico ó sin órganos. El Estado mismo, en su unidad é integridad, es su propio órgano. Pero no el único: pueden constituirse en órganos adventicios, para servir sus fines, otros Estados individuales. La vida jurídica de cada sujeto se compone de dos clases de relaciones: unas *personalísimas*, que sólo mediante su propia actividad puede contraer; otras *delegables*, que puede realizar mediante otro sujeto que lo represente. La representacion se funda en un hecho por demás vulgar: para ejecutar actos de derecho, se ha menester, entre otras, dos condiciones prévias, capacidad de derecho y capacidad ó facultad de obrar:

entrambas capacidades pueden residir en sujetos diferentes, y reunirse momentáneamente en el acto de la ejecucion: la representacion es una relacion entre las dos capacidades: el representado posee la primera, el representante la segunda: para que el hecho obrado por éste sea hecho de aquél, es menester que le sea trasmitida la capacidad de derecho, ó sea, el poder que á aquél compete. La representacion es una funcion tan esencial en la vida, que sin ella, la vida sería imposible, no siendo la actividad de un hombre capaz de tantos actos como para vivir necesita, y siendo, como es, más extensa la esfera de sus necesidades que la de sus medios. Supóngase un niño ó un demente: Estado embrionario ó deformado en su actividad por un accidente, pereceria sin remedio, á no ser por esa facultad que poseen los sujetos llegados á la plenitud de su desarrollo, de condicionar fines ajenos y de ejecutar actos á nombre y en representacion de otro. Sea tambien un hombre en la madurez de la vida, pero que, á causa de su posicion ó de su funcion social, necesita ejecutar una pluralidad de actos á la vez, personarse simultáneamente en diversos lugares: su vida se suspenderia á cada paso, si no pudiera valerse de otras actividades que las suyas, si no pudiera trasmitir parte de su poder á otros indivíduos para que representen su personalidad en determinada relacion y obren por él, dentro de los límites de la delegacion, procuracion ó mandato.

Repítese aquí, segun se ve, la division fundamental que hicimos del derecho en necesario y voluntario. Unas veces, la incapacidad afecta á aquellas relaciones esenciales de la persona jurídica sin las cuales la vida del derecho se hace totalmente imposible, como se observa, por ejemplo, en la minoridad, en la enajenacion mental, en la prodigalidad, en el delito: en tal caso, la incapacidad absoluta se suple por representacion *necesaria*, esto es, independiente de que el sujeto interesado en ella la quiera ó la rechace: tales, por ejemplo, la tutela, la prision correccional, la suspension de garantías, la dictadura, etc. Otras veces, la incapacidad nace de condiciones puramente externas, ó recae sobre relaciones accidentales, que el mismo sujeto interesado podria cumplir personalmente,

y entónces se completa ó amplía su facultad de obrar por representacion voluntaria: sirva de ejemplo el mandato.—No se refiere á ninguno de estos dos grupos aquel género de representacion necesaria del derecho romano, por virtud de la cual, lo que el hijo ó el esclavo adquirian, lo hacian suyo el padre y amo respectivamente, aunque no tuviesen conocimiento del hecho de la adquisicion, ni hubieran delegado su poder: en rigor, ni representacion siquiera podia decirse, porque la representacion supone dos personas de derecho, y ni el hijo ni el esclavo se reputaban tales personas; absorbíalas la personalidad jurídica de aquel á quien pertenecia la *potestas*, imitando en tal sentido el modo de accion del cuerpo por ministerio de los órganos corporales.

14 Agente del hecho jurídico.—*En la esfera social.*—Siempre que algun gran jurisconsulto,—y hablo de los científicos más atentos á la realidad y ménos dominados por ideas preconcebidas,—se ha propuesto definir las fuentes del derecho positivo, ha venido á parar, por uno ú otro camino, á esta conclusion, que puede decirse ya lugar comun de todas las escuelas: hay un derecho que la sociedad crea por sí directamente, como legislador colectivo, y es el derecho popular ó consuetudinario, y otro derecho á que dan forma legisladores personales, indivíduos, y es el derecho oficial ó escrito. Óigase cómo discurre Savigni, que tanto ha exaltado la funcion del elemento espontáneo, y por decirlo así, inconsciente (§ **17**), en la produccion del derecho, y á quien debe la ciencia (ya que los Códigos no le han dado todavía la razon) el conocimiento del trascendentalísimo papel que representa la costumbre en la vida: «Si preguntamos ahora cuál es el sujeto en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es *el pueblo*. En la conciencia comun de éste vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*. No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos indivíduos de que el pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues aunque estas voluntades individuales hubiesen podido producir sin duda el mismo de-

recho, es más verosímil que hubiesen creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo *sale de ese espíritu general* que anima á todos los miembros de una nacion: la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia, y no es producto de la casualidad. *El pueblo es el sujeto activo y personal del derecho.* El derecho del pueblo, que *se desenvuelve de una manera invisible*, y cuyo orígen no puede referirse á un hecho exterior ó á una época determinada, ha sido reconocido en todo tiempo. El derecho positivo, traducido en el lenguaje con caractéres visibles y revestido de una autoridad absoluta, se llama ley, cuya redaccion es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. La ley es la expresion del derecho popular. Para dudar de ello, sería menester figurarse al *legislador* fuera de la nacion y sin vínculo alguno con ella; pero, en realidad, existe en medio de ella, y áun puede decirse que ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, sus necesidades, y debe ser considerado como el *verdadero representante del espíritu nacional.* Hay épocas en la historia de todos los pueblos, en que las circunstancias se oponen á que el derecho salga, como en los tiempos primitivos, *de la conciencia comun* de la nacion, y entónces, *el legislador verifica directamente este trabajo*, que no puede quedar interrumpido (1).» Así discurre Savigni, y tal es el lenguaje que usa la generalidad: el derecho consuetudinario lo crea el pueblo en persona; la ley, por medio de representantes.

Prescindiendo: 1° de que en esa doctrina se hace completa abstraccion del Estado individual, ciñendose toda ella al social, y áun pudiera decirse que á una esfera de éste, al Estado nacional; y 2°, de que el derecho positivo se reduce en ella á una de las varias funciones del Estado, la legislativa, como si no fuesen tambien derecho positivo la ejecucion, la reparacion, el juicio, etc.,—haremos notar que los Estados sociales nunca ejecutan por sí mismos, directamente, los actos en que consiste su vida jurídica (2), y esto por una razon muy ob-

---

(1) Savigny, *ob. cit.*, §§ 7°, 8°, 12 y 13.

(2) El derecho consuetudinario y el oficial se hallan entre sí en la misma relacion que la poesia popular y la poesía erudita. Los mismos errores y las mis-

via. El Hombre, en su calidad de persona individual, es una unidad simple, está constituido por un *alma* ó espíritu personal, unido á una simple *célula primordial* (proto-célula), la cual se halla diferenciada en una infinidad de células plásmicas vegetativas (deutero-células), agrupadas en masa contínua (tejidos) (1). La Sociedad es un organismo compuesto todo él de proto-células, y por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y en suma, de individualidad; son séres completos, incondicionados en cuanto á su existencia, que viven una vida propia, independiente y separada de la vida de los demás. En el Indivíduo, las células secundarias ó deutero-células carecen de significacion por sí mismas, su vida depende de la célula primordial, de quien proceden, de quien reciben impulso, á quien obedecen y sirven, y sin la cual no pudieran subsistir; pero en la Sociedad no existen deutero-células, todas son células primordiales, todas son centros de vida independiente, todas son séres que llevan en sí el principio de su propia existencia, que son, en suma, segun vimos, Estados perfectos de derecho. Si comparamos el indivíduo á un planeta, la sociedad será como un sistema planetario, ó como un sistema de sistemas (una nebulosa). Nacen de aquí dos importantes consecuencias: 1ª No existiendo relacion de continuidad y de solidaridad necesaria entre los indivíduos dentro del Cuerpo social, como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan á la vez en toda la sociedad, sino que se localizan en tales ó cuales de sus miembros, y como estos poseen una actividad propia, incomunicable, dis-

---

mas vaguedades que en la ciencia del derecho reinan acerca del sujeto del derecho en cada una de sus fuentes, corren acreditadas en la ciencia de la literatura, por lo que toca al sujeto de la obra artística en cada una de las dos ramas popular y erudita, segun he hecho notar en *La poesía popular española*, cap. III, § 8º, apud *Rev. de España*, 13 Julio 1878.

(1) Al distinguido pensador y naturalista español A. Gonzalez de Linares, se deben estas denominaciones (proto-célula, deutero-célula), tan necesarias para restituir á la teoria celular el concepto de la unidad fisiológica de los séres orgánicos, de que fatalmente se alejaba, por estimar en un todo idénticas á las células primitivas, las derivadas de su protoplasma por diferenciacion ó distincion interior. *Vida de los Astros*, 1878: *Estudios sobre la célula*, 1878. Ha puesto tambien de relieve las consecuencias absurdas del concepto mecánico de la célula, en la *Rev. de España*, 28 de Julio de 1879, etc.

tinta de la de los demás, y no ligada inmediatamente á ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el Cuerpo social entero se ponga en movimiento para tomar parte activa en el hecho, y áun sin que se aperciba de él: 2ª No existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y contínua, tejidos, en el Cuerpo social; no siendo la sociedad á modo de una individualidad gigante,—no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple é indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible á lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado é informado interiormente: no puede obrar *por sí misma*, no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*, es un organismo compuesto de elementos sustantivos, de células discontínuas, que son séres acabados, incondicionados, racionales y libres; y tiene que valerse del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía, del brazo de estos indivíduos, para concebir y dar vida exterior á sus concepciones jurídicas: le es forzoso, en suma, obrar por representacion. El indivíduo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario, lo mismo en la funcion legislativa que en la ejecutiva y demás: la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales.

No puede existir, por tanto, un derecho creado directamente por el pueblo, como en oposicion á otro creado por la persona individual: el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco á las formas inferiores del derecho positivo: es popular, porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todo; y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código (§ **11**): se contrapone á lo que, en términos de estética, denominaríamos «derecho erudito,» producido por legisladores subjetivos, que no han tenido arte para constituirse en eco del espíritu colectivo y en ministros é intérpretes de las necesidades y de los deseos del pueblo.

El indivíduo, como representante de la sociedad, puede

proceder *solo*, ó asociado á otros, *colegiadamente*. En el primer caso, la representacion es directa; en el segundo, indirecta. Con efecto, áun cuando la sociedad esté representada por un colegio ó corporacion, ese colegio obra á su vez representativamente, y en última instancia, siempre es el indivíduo el órgano de la sociedad: sólo que aquí es órgano mediato, indirecto, siéndolo inmediato é indirecto de la corporacion misma.

En su calidad de órgano directo de la sociedad, puede serlo *adventicio*, y puede serlo *oficial* y permanente. Esta distincion es trascendentalísima para la teoría de la costumbre, y tiene su fundamento en los dos modos de representacion que en la vida de las colectividades pueden distinguirse: *espontánea* y *reflexiva*. Es espontánea la representacion, cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad, sin delegacion tácita ní expresa, obra como obrarian en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos, interpreta y traduce, al par que su conviccion personal jurídica en aquella relacion, la conviccion comun de la sociedad; cuando en esos hechos se ve ésta retratada, y pueden decirse hechos sociales, porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasion ó la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera. El hecho de cada uno es regla y modelo para el de los demás. La colectividad está entera en cada indivíduo, habla por su boca, obra por su mano, sin que ni el indivíduo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran: ignora que al obrar en vista de su necesidad, segun el dictado de su razon, sienta una regla obligatoria para toda la sociedad: por esto es espontánea y, por decirlo así, inconsciente, la representacion.—En rigor, lo que en este caso se produce es una simple localizacion de funcion, no una diferenciacion de órgano; ó bien, es lo que se llama órgano eventual ó adventicio, semejante, en el mundo de la Naturaleza, á aquellas expansiones filiformes de las moneras que, una vez conseguido su propósito, desaparecen, son reabsorbidas nuevamente en la masa indiferenciada de donde salieron. Por-

que el indivíduo no ejecuta el hecho á nombre de la sociedad y para el cumplimiento de fines sociales, sino á nombre propio y para el cumplimiento de sus deberes personales: no obra en virtud de poder que le haya conferido la sociedad, sino ejercitando su propio personal poder;—no naciendo la representacion sino de la contemporaneidad en que cada indivíduo vive con los restantes dentro del todo, de la comunidad y concordancia existente entre la situacion de cada uno y la de los demás. Por esto, porque la sociedad se halla representada por órganos adventicios, porque virtualmente lo son ó pueden serlo en efectividad todos sus miembros, aunque siempre espontáneamente y sin delegacion, no exigiéndose para ello un arte especial, siendo bastante la capacidad general del derecho, —decimos que la sociedad obra *directamente*, por sí misma. En esta forma, en cierto modo anorgánica, que recuerda la vida del derecho en el Estado individual, ejerce la sociedad todas las funciones jurídicas: toda la sociedad es órgano para la funcion legislativa; toda ella para la funcion ejecutiva, y así para las demás. Legisla, produciendo reglas consuetudinarias, cuyo medio de expresion son los hechos, las máximas y los refranes. Juzga en cada determinada relacion de derecho, haciéndose cargo de las circunstancias en que ha sido realizado el hecho, compulsándolo con los principios eternos de justicia, para averiguar si existe ó no conformidad entre ellos, y expresando á seguida su convencimiento íntimo en un juicio, que tambien encarna en hechos, ó toma la forma más vaga del rumor ó de la opinion social. Igualmente determina su actividad en razon de cada una de las subfunçiones que abarca el poder gubernativo (preventiva ó de policía, para los medios negativos, y económica para los positivos), y el poder reparador (funciones coactiva y correccional, para los medios negativos y positivos respectivamente) (1). El Estado es, pues, primeramente, *Estado impersonal*, *espontáneo*, comun, general, directo, inmediato.

Pero, además, el indivíduo es agente del hecho social no

(1) Debo referirme en este lugar á *La Vida del derecho*, donde he tratado de demostrar el modo como son ejercidas todas las funciones jurídicas directamente, impersonalmente, por la sociedad, y la analogía esencial existente entre esta forma

en virtud de su propio poder, sino ostentando poderes de la sociedad, sea que esplícitamente se los confiera ésta (representacion voluntaria expresa), sea que los asuma aquél, por no ser posible la delegacion á causa del estado de incapacidad de la sociedad (representacion necesaria), ó adelantándose en el hecho á ella, y consintiéndolo ella pasivamente (representacion voluntaria tácita). Sirvan de ejemplo el jefe de la nacion, rey ó presidente, órgano individual que ejerce la funcion reguladora á nombre y en representacion del Estado todo; el dictador romano, que concentraba en sus manos, por ministerio de la ley, todos los poderes del Estado; el pretor y el procónsul; el juez, órgano del poder judicial en el partido ó distrito: los ministros, con respecto á cada uno de los ramos en que se subdivide el gobierno nacional; el *land amman*, órgano ejecutivo en los cantones democráticos de Suiza; el embajador, en la representacion de cada Estado cerca de los demás; el gobernador en la provincia y el alcalde en el concejo, que, entre otros, desempeñan en representacion del Estado respectivo el poder ejecutivo; los *select-men*, órganos de la vida municipal americana; el registrador de la propiedad; el padre, órgano para la funcion (entre otras) de la tutela, en la familia; etc. El indivíduo sabe que el poder con que obra no es suyo, sino de la sociedad; y la sociedad sabe que los hechos de aquel indivíduo no son individuales, sino suyos tambien, de la sociedad. La razon de la diferencia entre esta forma de representacion y la anterior, estriba principalmente: 1º En que, aquí, el órgano es personal y único, y allá impersonal y múltiple; que, por esto, en el segundo caso nadie está excluido, y en el primero, todos ménos uno. 2º Aquí, el indivíduo-órgano ejecuta los hechos en vista sólo del estado de la sociedad, ó lo que es igual, de las circunstancias que determinan ese estado, siendo accidental que coincida ó no éste con su propio estado ó situacion particular; miéntras que allá, el hecho lo ejecuta en consideracion tan sólo á su situacion

---

de la vida del derecho y las funciones de la vida corporal, respiracion, digestion, etc., ejercidas directamente por el cuerpo, sin mediacion de los órganos especiales: §§ 21-35.

personal, y únicamente cuando coincide con el de la sociedad, su hecho es hecho social. 3º Aquí, la accion del órgano se halla, por lo comun, sometida á reglas procesales dictadas reflexivamente en el seno del Estado oficial; al paso que allá no existe regla alguna, fuera de las consuetudinarias producidas espontáneamente en el seno del todo social. 4º Aquí, responde de sus actos ante la sociedad, porque á nombre de ella los ejecuta: allá no, porque, en la intencion del agente, el hecho no trasciende del agente mismo, es puramente individual. 5º Aquí, el indivíduo desempeña su funcion como por oficio, haciendo de ella profesion especial de su vida, con exclusion de las restantes; allá, el indivíduo no ejerce esta ó la otra funcion determinadamente, sino indistintamente todas, no haciendo consistir en ninguna su condicion social ni su modo de vivir. 6º Aquí, el sujeto necesita poseer una aptitud especial, en relacion con la funcion que le está confiada, porque su gestion ha de ser artística; allá, basta la capacidad general que caracteriza á todos los hombres en la vida comun, cuando han alcanzado la plenitud de su desarrollo. 7º Aquí, es condicion precisa la division del trabajo, que es decir, de las funciones entre órganos diversos, y por tanto, la permanencia de estos; allá, la division es imposible, porque no hay diferenciacion orgánica, no teniendo carácter de tal la contínua formacion y desaparicion de los órganos eventuales. Unas veces, un mismo indivíduo es órgano para dos ó más funciones; otras veces, para una sola: otras, para una parte de funcion, ó sea, para uno de los momentos ó subfunciones en que cada funcion se diversifica interiormente.—En esta forma ejerce la sociedad todos sus poderes, el legislativo, el gubernativo, el judicial, etc., siempre mediatamente, esto es, por mediadores, por representantes constituidos en tales conscia y deliberadamente, por órganos artistas del derecho, que tambien se dicen funcionarios (de «funcion»), y oficiales (porque desempeñan un «oficio de república»); por donde viene á manifestarse el Estado bajo un nuevo aspecto, como *Estado oficial*, indirecto, mediato, reflexivo.

A primera vista, parece una imperfeccion eso de que la so-

ciedad no pueda obrar nunca por sí, directamente; que haya de obrar siempre por medio de representantes;—y sin embargo, es ésta una de las condiciones que más favorecen el progreso en la humanidad. Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad, ó de otro modo, aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen á su satisfaccion, adaptando y apropiando al fin los medios que le son adecuados, encarnando en un hecho la relacion ideal que establece entre aquél y estos. Ese hecho sirve de leccion al resto de la sociedad. Supongamos que la relacion se equivoca, y que el hecho no corresponde á la necesidad: si la sociedad en masa lo hubiese ejecutado, á toda ella alcanzarian las consecuencias del error, y esas consecuencias pueden llegar hasta á causar la muerte: siendo obra tan sólo de un individúo, ó de un número escaso de individúos, el error no afecta sino indirectamente á la colectividad. Supóngase que se acertó en el hecho: si lo hubiese ejecutado la sociedad, su actividad, convertida toda á aquella relacion, hubiese tenido que distraerse de otras muchas que simultáneamente y por distintos lados le asediaban, al paso que, obrado por uno solo ó por algunos individúos, los demás, cuando sientan la misma necesidad, se lanzarán por el camino que aquellos les abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido á no haberles precedido otros, lo aplican á otro género de actos; y de este modo, mediante esta distribucion de trabajo y este comercio de productos espirituales, la vida es ménos penosa, y más rápido el progreso en la humanidad.—Hay más. Como cada individúo es una persona sustantiva de derecho, los hechos que ejecuta, ántes que hechos sociales, son hechos individuales: no responden directamente á necesidades de la sociedad, sino primeramente á necesidades propias; y como una misma necesidad toma tintes y matices diversos en cada individúo, si la sociedad entera hubiera de ejecutar el hecho, aplicaria los medios en proporcion y forma idénticas, rígida é inflexiblemente,—por no serle posible apreciar los infinitos modos de manifestacion individual de la necesidad,—con lo cual, comprimiria la vida, á punto de hacerla

imposible: ya hemos visto cuánto la contrarían y perturban aquellas parciales negaciones de este principio que hemos hallado en las legislaciones positivas, cuando impone reglas uniformes de accion á todos los indivíduos.

Esto por lo que respecta al indivíduo en su cualidad de órgano adventicio: órgano de experiencia para los demás, al par que de vida para sí propio. Todavía son más trascendentales las consecuencias, si se considera el indivíduo como órgano permanente, oficial, y por decirlo así, específico. Como consagra una parte principal de su vida á una sola funcion, como se ocupa constantemente de un solo órden de hechos, acumula experiencias y reflexiones personales, adquiere una aptitud mayor, su habilidad técnica es cada vez más acabada, y más artística y perfecta su obra. Así como los órganos permanentes del cuerpo que denominamos sentidos, están dotados de una sensibilidad más exquisita que las partes restantes, de igual manera los órganos permanentes del Estado están dotados de más felices disposiciones, de más penetracion, de más tacto, de más destreza, que el comun de las gentes, y su accion es, por tanto, más rápida, más intensa, más intencional, más directa, más regular y proporcionada que la de la generalidad. Todavía no se da cuenta el Cuerpo social de los cambios que ha experimentado en su situacion y de las nuevas necesidades que aquellos estados le han creado, cuando el órgano las ha sentido ya, las ha estudiado, y ha principiado á poner los medios necesarios para satisfacerlas. Todavía no ha principiado á discernir la Sociedad el modo cómo podrá satisfacer las que ha sentido, cuando ya el órgano tiene formado su plan de accion, pone la masa social en movimiento, dirige la actividad, imponiéndole ley, ó se adelanta á ella y obra por sí en nombre del todo. No de otra suerte, en nuestro cuerpo, el oido, por ejemplo, centinela avanzado del alma, nos advierte de la proximidad de una tormenta, de una erupcion volcánica ó de un ejército enemigo, ántes de que el cuerpo mismo haya podido reconocerlo por la trepidacion del suelo ó la caida del rayo ó de la lluvia.

Al revés de lo que se cree ordinariamente, de los dos gé-

neros de órganos, los adventicios son los más esenciales: sin órganos oficiales, hay Estados; sin adventicios, no. Tambien en esto coinciden con los séres de la naturaleza: los hay que respiran y viven sin branquias ni pulmones, y no puede haberlos que respiren y vivan exclusivamente con branquias ó pulmones.

No siempre obra el Estado social por medio de órganos individuales: tambien á las veces lo representan órganos corporativos ó colegiados, constituidos por una pluralidad de individualidades que deliberan y convienen en una decision comun. Reprodúcese aquí, como es consiguiente, la division de los órganos en *adventicios* y permanentes, ó de otro modo, espontáneos y *oficiales*. Acontece á menudo, con efecto, que un indivíduo, hallando insuficientes sus medios, se asocie á otros, y juntos realicen un acto comun. El matrimonio, por ejemplo, es un hecho que nace de una voluntad compuesta. Una alianza ó un tratado de paz se enjendra igualmente de una voluntad comun, eco de la voluntad de dos naciones, y en el acto ejecutado puede hallarse representada toda la humanidad. Cuando en 1844 se reunieron unos cuantos tejedores de Rochdale, y de comun acuerdo fundaron por vez primera una sociedad cooperativa, áun cuando no tuvieron presente la ley general de derecho á que obedecia su sistema, áun cuando, al plantearlo, no se propusieron satisfacer otra necesidad que la sentida por ellos, fueron órgano colectivo de la sociedad, porque la sociedad vió traducido en aquel hecho su pensamiento y su deseo, y lo reprodujo al punto, multiplicándose con rapidez el número de las sociedades cooperativas de consumos; y fué órgano adventicio, porque no estaba previsto ni definido en la *Constitucion*, porque no ejercia poder alguno de la sociedad, ni era representante necesario suyo, porque pudieron nacer simultáneamente, como simultáneamente vivieron despues y existen en la actualidad, infinitas otras. Otro ejemplo son los *meetings* europeos, órganos tambien eventuales por quienes se manifiesta la voluntad social. Citaré tambien las «Sociedades privadas para la visita y educacion de los culpados en su prision,» las «Sociedades de patronato,» de «So-

corros mútuos,» de «Templanza,» y tantas otras. Al punto que en el seno de la sociedad se siente una necesidad que requiere medios jurídicos para ser satisfecha, no aguarda á crear órganos especiales, sino que ella por sí misma la satisface, localizando la funcion en determinados círculos ó sujetos, esto es, suscitando órganos accidentales ó adventicios, ora individuales, ora corporativos, que luégo se multiplican, llevando la voz del todo social, ó que desaparecen en un punto para reaparecer en otro. El ejemplo más sencillo de este género de representacion compuesta, es una convencion entre dos personas: un contrato de compra-venta, por ejemplo, es una verdadera ley, estatuida por una voluntad colectiva; y si la necesidad á que responde ese acto es general, y en él ha sido fielmente interpretado el principio de derecho correspondiente, la sociedad reconocerá como propio aquel acto, é imprimirá su misma forma á cuantas relaciones jurídicas se enjendren en lo sucesivo de aquella necesidad: el acto habrá sido social, y los que lo ejecutaron obraron como representantes de la sociedad. Tal, por ejemplo, el contrato de seguros marítimos. ¿Quién lo ha creado? El comercio universal. ¿De qué modo? No por ministerio de ningun legislador, sino consuetudinariamente, por medio de órganos adventicios, pero colectivos: se trata de un acto que no puede ser ejecutado por un solo indivíduo: han de concordar varias voluntades el modo de su realizacion (1). Los primeros comerciantes que aseguraron las mercancías de un buque, obraron en vista solamente de su interés; pero, además, inconscientemente, en representacion de toda la sociedad: mientras proyectaron y actuaron el primer hecho, fueron órganos eventuales de la sociedad, en una de sus más importantes funciones: luego, la funcion se localizó en otros muchos puntos del Cuerpo social, se fué generalizando, se hizo patrimonio de todos los comerciantes, y todos fueron órganos adventicios al igual de los primeros. Exactamente lo mismo ha de decirse del tribunal de árbitros ó de arbitradores: como institucion, los que con sus hechos la fundaron, fueron órga-

(1) Cuál hubo de ser el orígen del contrato de seguros marítimos, lo expone ingeniosamente Martí de Eixalá, *Instituciones del derecho mercantil de España*.

nos de la sociedad: como órgano él á su vez, al par que representante de las personas privadas que le confieren su poder, puede ser con sus juicios representante accidental de la sociedad.—Para que la sociedad se declare por un órgano corporativo adventicio, no es esencial la concurrencia y expresion simultánea de las voluntades individuales que componen la voluntad compuesta del órgano, ni es condicion precisa que se hallen todos presentes en un lugar, ni que medie documento ni solemnidad de ningun género. Uno propone, otro replica, deliberan, se rectifican, y vienen á cabo de una resolucion comun: hé aquí el órgano compuesto. Es indiferente que el modo de comunicacion sea la palabra, ó el correo, ó el telégrafo, ó un comisionado que represente la persona de una de las partes cerca de la otra ó de las demás.

La corporacion ó colegio, como órgano oficial de la Sociedad, descubre en su modo de obrar las mismas cualidades que el indivíduo, en tanto que órgano oficial tambien; pero en muy diverso grado, segun sea mayor ó menor el de la capacidad exigida á los indivíduos para formar parte de él. Unas veces, las condiciones de aptitud se limitan á la edad, ingenuidad, integridad de las facultades espirituales, ó además de estas, las corporales, y plenitud de los derechos civiles, ú otras semejantes; y la corporacion que ha de representar á la sociedad la componen todos los ciudadados en quienes esas cualidades se reunan: v. gr., los Comicios tributos en Roma, el Plácito del condado castellano y catalan, formado por todos los hombres libres, las Asambleas municipales de Massachussets ó de Suiza, el Cuerpo electoral (que representa al Estado en la funcion de designar representantes para otras funciones) en los países que se rigen por el llamado sufragio universal, el Ejército, etc. Otras veces, sin ser mayores las condiciones de aptitud impuestas á los indivíduos, el número de los representantes está limitado á menor número de sujetos del que las posee: v. gr., la Asamblea de los Amphictiones, el tribunal de los Weisthume, el Jurado, el Ayuntamiento, la Diputacion provincial, el Congreso de Diputados, etc. Otras veces, se requiere en el representante condiciones especiales de aptitud, una cierta suma

de conocimientos jurídicos, moralidad acreditada, etc., v. gr., las Audiencias, y en general los tribunales colegiados; ó ilógicamente, otro género de condiciones incongruentes con la funcion, riqueza, categoría social, etc., v. gr., el Senado. El grado más sencillo de este género de representacion corporativa es el matrimonio, órgano reflexivo del poder que corresponde á la familia, y la jefatura del Estado nacional ó municipal desempeñada por dos magistrados, segun es propio del régimen aristocrático: dos suffetas en Cartago, dos reyes en Esparta, dos cónsules en Roma, dos jueces en Castilla, dos burgomaestres en Berna, dos alcaldes ó duumviros en los municipios latinos, etc. Y por el contrario, el grado más extenso es aquel en que todos los indivíduos que reunen las condiciones generales de aptitud en que consiste la ciudadanía, constituyen una Asamblea deliberante, como sucede, por ejemplo, en los municipios de Nueva-Inglaterra: no existe en ellos Ayuntamiento ó Curia, en el sentido que la palabra tiene en nuestras leyes y en las leyes romanas: todos los electores componen la Asamblea municipal, *town-meeting*, especie de comicio tributo donde se resuelven todos los asuntos de interés para la ciudad: los *select-men* son órganos encargados puramente de ejecutar lo acordado por la Asamblea de la ciudad, y la duracion de su cargo es un año tan solo. Análogo á éste es el régimen de muchos cantones suizos, Grisones, Valais, Waldstaten: todo indivíduo, en cumpliendo 16, 19 ó 20 años, segun los cantones, es miembro de la Asamblea general del canton, la cual reune á veces hasta 8.000, poco más que las grandes Asambleas helénicas.

No por esto están en lo cierto Tocqueville y Brougham, al afirmar que tales municipios no se rigen por la ley de la representacion, ó que en ellos el Gobierno está entero en manos del pueblo (1), porque la ciudad no se agota en los electores: forman parte de ella muchos más indivíduos que los que pueden ser electores: los niños, las mujeres, los incapacitados é impedidos, etc., son miembros del Cuerpo social, que no entran en

(1) Tocqueville, *De la Democracia en América*, cap. v;—lord Brougham, *De la Democracia y de los gobiernos mixtos*, cap. IV.

la composicion del electoral, y que están por él representados en el gobierno de la ciudad,—directamente, tratándose de América, y en la funcion de designar lós decuriones ó regidores que han de gobernarla, si se trata de Europa.

Ni el indivíduo ni el colegio son siempre representantes directos de la Sociedad: hay tambien representacion de representacion, órganos de órgano. Considerado en su unidad, el órgano ó corporacion es una diferenciacion del Estado social; pero él, á su vez, se diferencia interiormente en miembros, que son respecto de él lo que él es respecto de la sociedad. El Senado es un órgano corporativo del Estado nacional: una comision creada en su seno, es un órgano corporativo de ese órgano: el ponente encargado de redactar el dictámen ó informe, es un órgano individual de ese sub-órgano. El cuerpo electoral, órgano compuesto, engendra de sí, primero, un órgano director, la Mesa, después un cuerpo de compromisarios; estos, el Senado en su parte electiva; éste, la Mesa, el Tribunal de actas, las Secciones y las Comisiones; estas, sus presidentes, ponentes y secretarios, y acaso tambien, Subcomisiones. Así se encadenan los diversos grados de representacion: siendo todos órganos de la sociedad, unos la representan en primero, otros en segundo, otros en tercero ó en ulterior grado.—No siempre ha sido bien apreciada la razon de esta graduada generacion interior. Se ha creido que es condicion esencial del gobierno democrático la participacion directa de todos los ciudadanos en el ejercicio del poder, ó cuando ménos, en la legislacion, como en Grecia, en algunos cantones de Suiza y en algunos Estados americanos; y como consecuencia de esto, que el régimen democrático es inaplicable á comunidades muy numerosas. En opinion de Montesquieu, los límites de una democracia deben ser los de una ciudad, por el peligro de que alguno se enriquezca demasiado y la arruine, ó de que choque fuera con algun príncipe que la subyugue. A juicio de Milla, tampoco son posibles los gobiernos democráticos sino en Estados pequeños ó en ciudades, porque sus rentas son insuficientes para sostener una monarquía. Para Lord Brougham, tampoco puede pasar de los límites de una ciudad de 30.000 almas, por la impo-

sibilidad de que el pueblo delibere y obre directamente por sí en una sociedad numerosa (1). La mayor parte de los publicistas funda la necesidad del gobierno representativo en una consideracion puramente material, en la imposibilidad de que el pueblo se reuna á deliberar por sí, atendido lo difícil que es á un hombre hacerse oir de una Asamblea de diez mil almas, correspondiente á una ciudad de tercero ó de cuarto órden. Pero es evidente que el gobierno no pierde su cualidad de democrático porque no sea ejercido por todos los ciudadanos, sino por un cierto número de ellos en quienes los demás delegan su poder: que la Asamblea municipal conste de 2.000 personas y se llame *town-meeting*, ó de 40 nombradas por esas dos mil y se denomine *ayuntamiento*, en nada afecta á la esencia de la institucion; lo mismo aquí que allá, el Estado se halla representado por una corporacion, y los hechos de ésta son hechos sociales, porque han sido obrados por poderes de la sociedad. En cuanto á la causa generadora de la representacion política, tiene raíces harto más profundas que la que los tratadistas le han atribuido. Tal es la de evitar que el número venza y sofoque á la razon, cual acontece en aquellas Asambleas numerosísimas de que son miembros natos todos los varones mayores de edad. Nada más fácil, en muchedumbres tales, como encender las pasiones y dirigirlas contra una persona, contra una institucion y contra el mismo pueblo. Suelen ser siempre en ellas más los incapaces ó los exaltados que los cuerdos y los instruidos; el brillo de la palabra fascina á la multitud y la arrastra á las resoluciones más extremas; la fiebre y el apasionamiento hacen veces de discusion; rara vez se imponen la prudencia y el talento á la ignorancia cínica y osada: la voz de la sensatez y de la sabiduría es ahogada en el tumulto; la minoría de los discretos se retrae desalentada, ó pierde la serenidad de juicio y se deja contagiar por aquella epidemia, especie de epilepsia social á que ya los romanos dieron el nombre de *morbus comitialis*. Violento, desigual, poco seguro de

(1) Montesquieu, *Espíritu de las leyes*; Milla, *Historia del Gobierno inglés*, cit. por Brougham, *ob. cit.*, cap. III.

sí mismo, incapaz de detenerse en aquel justo medio donde la justicia mantiene el fiel de su balanza, desandando un dia el camino andado el anterior, fácil al engaño si le sirve de dorado vehículo una elocuencia arrebatada y declamatoria: tal es, segun lo ha denunciado la experiencia, el ejercicio *directo* (así se le llama impropiamente) de la soberanía, y con razon lo han condenado unánimemente los científicos.—Por otra parte, hemos visto que uno de los rasgos característicos que distingue los órganos adventicios de los oficiales, es la forma de la actividad, que en estos ha de ser *artística* (orgánica, sistemática, reflexiva), miéntras que en aquellos no pasa de ser *comun* (insistemática, inconexa, irreflexiva, mezclada de impurezas) (1). Y el arte requiere condiciones de vocacion, de cultura jurídica, de talento para interpretar los ideales de justicia que fermentan en el seno de la sociedad, de habilidad para reducirlos á términos positivos, de que carece la generalidad. Hace esto indispensable una seleccion que permita conferir el poder de ejecutar actos sociales á los sujetos que posean en más alto grado esas excelencias, y que mayor confianza merezcan á la comunidad. Todavía, sobre todo en comunidades muy extensas, la generalidad carece hasta de aptitud para conocer quiénes son los más capaces: 1°, porque viviendo muy diseminada por el territorio, no se halla en contacto con ellos; y 2°, porque áun mediando éste, no posee un juicio suficientemente ilustrado para discernir los talentos escondidos debajo de mil engañosas apariencias, y darles la más conveniente aplicacion. De aquí que no siempre alcance el sufragio directo á satisfacer las necesidades del régimen llamado por antonomasia representativo, mayormente cuando la ley no exige en electores ni en elegibles condiciones especiales de aptitud, tales como en buena lógica debieran exigirse; y se hace, por esto, obligado el sufragio indirecto. Cuanto más alta y delicada una funcion, más há menester ser aechado, acendrado, quintesenciado, el sufragio. Es de razon que el sufragio indirecto

(1) Vid Giner, *ob. cit.*, lecs. 16 y 33; y mi *Vida del Derecho*, §§ 20, 24 y otros. Sobre los inconvenientes del llamado gobierno *democrático directo*, se consultará con fruto las razonables observaciones de lord Brougham, *ob. cit.*, caps. VIII, XIII y XXI.

designe representantes más aptos que el directo: así como se van estrechando las mallas del sufragio, así como las capacidades van pasando de uno en otro por los tamices de la eleccion, la calidad aumenta en la misma proporcion en que mengua la cantidad, hasta no pasar por ellos sino los mejores de entre los mejores. La experiencia confirma esta anticipacion racional, pudiendo compararse á este propósito el Congreso de los Estados-Unidos, elegido por sufragio universal, con el Senado, elegido por los Congresos de los Estados (como si dijéramos por las diputaciones provinciales). La democracia americana, temiendo, y no sin razon, hacer mal uso del sufragio, se ha impuesto limitaciones poderosas que la refrenan y le impiden desbocarse, principalmente, la eleccion del Senado por sufragio indirecto, la inamovilidad de los funcionarios del órden judicial, y la facultad otorgada á éste de anular las leyes votadas por el poder legislativo, cuando las juzga contrarias á la Constitucion (1). No se ha tenido el valor todavía de romper abiertamente con esas prácticas de la soberanía abstracta, que colocan el derecho en la voluntad, tenga ó no tenga condiciones de verdadera autonomía, y que hace del pueblo una especie de Cristo vestido con un andrajo de púrpura, y armado, á guisa de cetro, con una cédula electoral, para que, en el instante de depositarla en la urna, abdique de hecho su soberanía y se desprenda de todo su poder. Por alzar rey al indivíduo, se hace sierva de sus representantes y de sí misma á la sociedad.

El órgano corporativo (representacion oficial de la sociedad), al mismo tiempo que miembro de un todo, es todo á su vez, especie de Estado dentro del Estado, organismo sustantivo y persona de derecho. Derívanse de aquí muy importantes consecuencias.—La primera y más óbvia que del concepto del órgano colegiado se desprende, es que su mision no consiste en reproducir mecánicamente la voluntad social á modo de un espejo ó de una cámara oscura, sino en concentrarla, purificándola é idealizándola artísticamente. Ha de tener voluntad

---

(1) Son interesantísimas y dignas de que los políticos las mediten, las consideraciones que inspiran á Ahrens estos hechos, *ob. cit.*, lib. II, 2ª division.

propia, y consiguientemente, libre: no ha de ser un agregado de voluntades trabadas por mandato imperativo, como los beotarcas helenos ó como los procuradores castellanos de la Edad media, verdaderos embajadores ó delegados federales, repetidores automáticos de las instrucciones dictadas por los concejos ó Estados municipales que los diputaban para unas Córtes radicalmente distintas de las que nosotros alcanzamos. La interpretacion que el representante hace de la voluntad colectiva, ha de ser artística; y no podria serlo, si la representacion no fuese libre. La delegacion que hacía de su poder el pueblo romano en el pretor, es el más clásico y perfecto ejemplo que puede citarse de este género de representacion racional.—Por otra parte, siendo el colegio ó corporacion un organismo sustantivo, una persona, ha de realizar una vida propia, y ésta no siempre puede ser directa: las más de las veces, la corporacion, aunque representante de la sociedad, obra á su vez representativamente, siendo sus representantes, unas veces, directamente los indivíduos que la componen (v. gr., del Congreso ó de una de sus secciones, su presidente respectivo ó su secretario; de la Audiencia ó de una de sus salas, el regente ó el fiscal, etc,); otras veces, corporaciones formadas en su seno (v. gr., del Senado ateniense, el cuerpo de los nomothetes; del Congreso español, las secciones; de la Audiencia, las salas, etcétera). Otro tanto acontece cuando los órganos corporativos son adventicios, asociaciones constituidas espontáneamente en la sociedad, un meeting, una asociacion de beneficencia domiciliaria, etc.—La tercera consecuencia que nace del carácter sustantivo y personal de los órganos corporativos, se refiere á las funciones: siendo cada poder un aspecto, una expresion del poder total del Estado, ó lo que es lo mismo, de su soberanía, cada órgano ejercerá una autoridad propia, y será en su esfera soberano, lo mismo que la sociedad á quien representa; y como ella, vivirá el derecho unitariamente, realizando todas sus funciones sin exceptuar una. Así, por ejemplo, el Congreso ejercita para la sociedad y por delegacion suya la funcion *legislativa;* y para su subsistencia como persona viva y Estado de derecho, y por poder propio, emanado de su naturaleza, la

funcion legislativa (reglamento, prácticas parlamentarias), la ejecutiva (comision de gobierno, presupuesto, ugieres, etc.), la judicial (para las perturbaciones y conflictos de derecho que ocurren en su seno, en asuntos de su jurisdiccion, no resolubles por los Tribunales), la correccional, que compete al Presidente de la Asamblea, y la reguladora, que tiene dentro de aquella el mismo objeto que dentro de la nacion la que ejerce el Jefe del Estado. Los Ministerios y sus dependencias desempeñan para la sociedad y en representacion suya, como miembros de ella que son, la funcion *ejecutiva* ó gubernativa; y para su propia vida, en virtud del poder inherente á todo organismo, la funcion legislativa (potestad reglamentaria; prácticas administrativas), la judicial y la correccional (potestad disciplinaria y correccional), la ejecutiva, y por último, la reguladora, que compete supremamente al Jefe del Gobierno ó Presidente del Ministerio. A este tenor los demás poderes (1).

15. La actividad jurídica es psico-física. —La conclusion última de los dos párrafos precedentes, es ésta: el agente del hecho jurídico es siempre el individuo, ya obre por poder propio, ya por delegacion. Esto nos lleva como por la mano al estudio de las formas que reviste la actividad individual aplicada á la realizacion del derecho. Sabemos ya que es cualidad inherente á la actividad jurídica el ser libre, y por tanto, en un aspecto, espiritual; pero el hombre es un sér compuesto, es espíritu unido á cuerpo, y la actividad de aquél obra siempre en concurrencia con actividades de éste, y mediante órganos corporales se manifiesta, se modifica, piensa, resuelve y obra. Esto nos obliga á dirigir su estudio por senderos distintos de los trillados hasta aquí en la ciencia del derecho. No basta ya ni es lícito investigar los principios jurídicos como en pura reflexion subjetiva, considerando la actividad que los realiza en la vida como propiedad abstracta del espíritu, independientemente del organismo corporal, ó á lo sumo, en relacion exterior con él. Es el derecho cualidad del

(1) De este tercer corolario se derivan importantes consecuencias para la práctica, cuyo estudio es competencia y atribucion de la ciencia política.

sér racional, cierto; pero cualidad á un tiempo real-ideal, físico-metafísica, del sér vivo, concreto, uno sobre toda distincion de espíritu y cuerpo, y la actividad que lo exterioriza, que lo hace sensible en los hechos, no es esa actividad abstracta y quimérica que las concepciones idealistas han fantaseado, sino la actividad que, á falta de otro término, designamos con el nombre de anímico-corporal ó psico-física, composicion eterna, necesaria, esencial, no exterior, hipostática, contingente y *à posteriori*, de dos actividades, ó si se quiere, de dos formas ó cualidades de una misma actividad, jamás separadas en ninguna de las jerarquías de la vida. Por esto, no cabe biología jurídica sin el prévio conocimiento del sistema nervioso y de su modo de funcionar. Vamos á exponer abreviadamente lo más esencial (1).

16. El aparato neuro-psíquico.—El aparato que pone en comunicacion nuestro espíritu individual con el mundo exterior y con los demás espíritus, es el sistema nervioso cerebro-espinal ó neuro-psíquico. Las partes que componen este aparato, enumeradas por el órden en que se desenvuelve el proceso circular psico-físico, son las siguientes: 1ª *Organos periféricos pasivos*, receptores y reactivos de las excitaciones: los llamados sentidos de la vista, del olfato, del oido, del tacto, etcétera:—2ª *Centros ó masas nerviosas*, alojadas en el cráneo (cerebro, cerebelo, médula oblonga) y en la espina dorsal

(1) He consultado: Giner, Soler y Calderon, *Lecciones sumarias de Psicología*, 2ª edicion, 1877.—H. Lotze, *Principios generales de Psicología fisiológica*, ed. francesa, 1876.—Delboeuf, *La Psicología como ciencia natural*, franc., 1876; *Teoría general de la sensibilidad* (Rev. Contemporánea, de Madrid, t. I).—U. Gonzalez Serrano, *La realidad del espíritu* (ibid., t. XXIII).—Herzen, *La ley física de la conciencia* (ibid., t. XXII).—A. Lemoine, *El hábito y el instinto*, franc., 1875.—H. Helmoltz, *Optica fisiológica*, ed. franc., 1867.—Maudsley, *Fisiología y patología del espíritu*, ed. ital., 1872; *El crímen y la locura*, ed. españ., 1879.—Simarro, *Teorías modernas sobre la fisiología del sistema nervioso*, 1878.—E. Reus, *La Biología*, 1ª parte, 1879.—Huxley, *Automatismo de los animales* (Rev. Europea, de Madrid, 1875).—L. Dumont, *La accion refleja cerebral* (ibid, t. VI).—G. H. Lewis, *Las funciones del cerebro según Ferrier* (ibid., 1877), etc.

Me limito, por lo general, á consignar hechos comprobados, y á aventurar alguna hipótesis, con carácter de provisional, sin entrar en explicaciones y desenvolvimientos que ni el estado, por decirlo así, embrionario, de la ciencia psico-física consiente, ni tendrian lugar propio en un Ensayo elemental sobre la generacion del hecho jurídico, donde estos problemas no interesan sino mediatamente y en sus conclusiones.

(médula espinal): en ellas se concentra la impresion y se trasforma en sensacion y en percepcion, y de ellas parte el impulso para todos los movimientos corporales:—3ª *Organos periféricos activos*, donde ese impulso procedente de los centros se comunica á los músculos, que son como el poder ejecutivo de la vida corporal: las placas terminales ó motrices:—4ª *Nervios sensitivos*, centrípetos ó aferentes, conductores de las impresiones, especie de hilos telegráficos que enlazan los órganos periféricos con los centros:—5ª *Nervios motores* ó centrífugos, trasmisores del movimiento iniciado por el espíritu, que enlazan los centros con las placas motrices y los músculos.—Supóngase un ángulo *A*, *B*, *C*: el vértice (*B*) simboliza los centros nerviosos: los extremos opuestos de los lados (*A*, *C*), los órganos periféricos pasivos y activos: los lados mismos (*AB*, *BC*), los conductores nerviosos. Es un aparato de doble transicion. De *A* á *B*, ó sea, en la direccion centrípeta, transicion entre la Naturaleza y el Espíritu: camino por donde aquella (ú otro espíritu mediante ella) visita á éste y obra sobre él. De *B* á *C*, esto es, en la direccion centrífuga, transicion entre el Espíritu y la Naturaleza, camino por donde aquél se dirige hácia ésta (ó mediante ella á otro espíritu), y ejerce sobre ella su poderoso influjo.

Por supuesto, la comunicacion no es inmediata ni directa. La Naturaleza, para llegar hasta el reino del Espíritu, se va espiritualizando por grados: las formas del mundo exterior, por ejemplo, se fotografían en el misterioso espejo de la retina, reactivo universal, sensible á todos los colores, donde termina el nervio óptico; los sonidos se reproducen en el maravilloso armonium de infinitas teclas del oido interno, en cuyo vibrante líquido flotan las fibras terminales del nervio acústico: aquella imágen y este eco son el primer grado de espiritualizacion: en el otro extremo, la fantasía, que aligera esas formas, todavía demasiado materiales, y las reviste de otras más afines á las categorías puras é ideales del Espíritu: y es el segundo grado de espiritualizacion: entónces puede ya la Naturaleza conversar con el Espíritu, instruirle, mortificarle ó recrearle. Cuando el Espíritu decide volver su visita á la Natu-

raleza, tiene que principiar por naturalizarse en su reino, no repentinamente y como por salto, sino gradualmente tambien: primera etapa, la fantasía, campo de aclimatacion de lo corporal en su tránsito á lo espiritual, y de lo espiritual en su tránsito á lo corporal; segunda etapa, próxima ya á la frontera, las placas terminales ó motrices, órganos mestizos ó de transicion, que participan de la naturaleza del nervio y de la naturaleza del músculo, especie de retina al revés, que recibe ya naturalizado de primera intencion el plan concebido por el Espíritu, y que acaba de naturalizarlo, trocando la excitacion nerviosa, sea original, sea regresiva ó de retorno, en excitacion muscular, el movimiento semi-espiritual, semi-corpóreo, en movimiento resueltamente corpóreo ó físico, y determinando, como consecuencia, una contraccion de las fibras musculares, y poniendo en movimiento por mediacion suya, las restantes partes del organismo: entónces puede ya el Espiritu departir con la Naturaleza, colaborar con ella, dirigirla, señorearla, torcerla ó mejorarla. La union y comunicacion entre un espíritu individual y otro espíritu, es idéntica en calidad, pero inversa en direccion, y en número de momentos doble.

Los elementos morfológicos del aparato neuro-psíquico, son, fundamentalmente, de dos géneros: 1º *Células nerviosas* en prodigioso número, que sólo en el cerebro se cuentan por centenares de millones, y que parecen ser los órganos inmediatos de la conciencia: constan de una masa protoplásmica, globular y traslúcida, con irradiaciones fibrilares al exterior, núcleo y nucleolo dentro, y en torno del núcleo granulaciones pigmentarias: 2º *Fibras elementales* conductoras, en número todavía mayor, que se cree terminan por un extremo en las células de los centros, y por el extremo opuesto en las células ganglionares de los órganos periféricos pasivos, ó en las placas motrices insertas en los músculos estriados. La fibra más sencilla y primitiva, propia, aunque no exclusiva, de los invertebrados (fibra de Remak), se compone de un haz de fibrillas elementales trasparentes, y de núcleos en abundancia, insertos en los puntos de interseccion donde se cruzan y sueldan unas á otras: la fibra más perfecta, patrimonio exclu-

sivo de los animales vertebrados (fibra medulífera), se reduce á un cilindro axil (*cylinder axis*) ó filamento central, formado tambien por numerosas fibrillas simples, dividido en segmentos, de un milímetro de longitud por término medio, envuelto en una sustancia blanca (*myelina*), de consistencia viscosa, que comunica al nervio su coloracion medular, y recubierto por una membrana protectora tenuísima, trasparente y elástica, con núcleos elipsoides: á cada segmento de fibra corresponde una célula de myelina y un núcleo. Las células, de forma piramidal, que constituyen la superficie externa ó corteza del cerebro, son de color ceniciento, y por eso se las designa en conjunto con el nombre de sustancia gris ó capa cortical del cerebro: hállase circundada por una tupida red de vasos capilares que le proporcionan una nutricion abundantísima. Hasta esas células corticales conducen el movimiento vibratorio las fibras nerviosas, continuándose por las fibras y prolongaciones celulares propias de los centros. Las placas terminales son masas microscópicas, de cuatro ó seis milésimas de milímetro, estructura granulosa y forma ovoidal, con núcleos en número de seis á doce. Los elementos anatómicos de la fibra, de la célula y de la placa, y por tanto la célula, la placa y la fibra mismas, son susceptibles, á juzgar por los hechos, de disposiciones moleculares infinitas.

Esto supuesto, describamos sucintamente las actividades que determinan, mediante ese aparato, todos los hechos y fenómenos de la vida jurídica.

17. Las actividades psico-físicas.—La primera y más rudimentaria manifestacion de la actividad psíquica que hallamos en el hombre, lo mismo que en los animales, es la actividad **refleja**, ó sea, las funciones autónomas de los centros nerviosos inferiores, adscritas, á lo que parece, al servicio de la conservacion del cuerpo. En órden de razon, ocupa aquel oscuro limbo que divide lo físico de lo espiritual, lo fatal y necesario de la Naturaleza, de lo espontáneo del Espíritu. En el órden del espacio, este primer grado de la espiritualidad tiene su residencia, su centro y su instrumento de ac-

cion en los ganglios y en la médula espinal (1), segun lo han acreditado multitud de experimentos fáciles de comprobar. Si se opera una seccion en la médula espinal de un animal cualquiera ó de un hombre, se ha interrumpido toda comunicacion entre el cerebro y las extremidades inferiores, y quedan estas paralizadas: aunque se las hiera, no siente dolor alguno el sér de quien forman parte, ni en cambio obedecen á su voluntad: no se mueven, aunque quiera él moverlas; y sin embargo, cuando se las hiere ó irrita, se apartan por un movimiento súbito, como si estuvieran conscias del peligro que corren, ó se trasmitiese al cerebro una impresion y la contestase el alma con un acto de voluntad. Practícase la ablacion de los hemisferios cerebrales de una rana, por ejemplo, ó se la decapita: si en tal estado se cauteriza su piel, ó se vierte en ella una gota de ácido, el animal agita sus extremidades, y barre con ellas el líquido que le ofende, ó aparta el objeto que le irrita: el animal es como una planta, no ve, no oye, no siente; pero puede vivir largo tiempo, se defiende, digiere, nada en el agua, sale á la superficie para respirar; si se le pone enfrente un obstáculo, sabe evitarlo y no chocar con él: si se calienta el agua, huye: si se le coloca en un plano inclinado, se agarra con las patas para no caer, y avanza hasta encontrar el equilibrio y el reposo en la parte superior. La iniciativa para todos estos movimientos sólo puede partir de la médula espinal; y en ellos se ve intencionalidad, autonomía, coordinacion de sensaciones y de movimientos, eleccion y adaptacion de medios, algo como conocimiento y voluntad, y en suma, actividad psíquica. ¿Lo es realmente?

No están unánimes todos los científicos acerca de la naturaleza de la actividad refleja.—1º Hay quien, como Ferrier, opina que sólo el cerebro posee la facultad de determinar actos psíquicos, que esos fenómenos reflejos son puras contestaciones mecánicas á excitaciones exteriores, esto es, movimientos exclusivamente físicos, y que nada tienen que ver con una

(1) Aunque no exclusivamente en los ganglios y en la médula: el cerebro, además de órgano para las funciones superiores del Espíritu, parece ser centro y asiento de accion refleja, segun las investigaciones de Carpenter y Luys.

adaptacion inteligente de medios al fin, por más que descubran cierta apariencia de actos conscientes.—2º Hay quien, como Ribot, Luys, Flourens, y en una palabra, los más de los fisiólogos y psicólogos, reconocen en la actividad refleja cualidades de coordenacion y de intencionalidad que la diferencian radicalmente de la actividad mecánica, sin excluir por esto el automatismo: segun ellos, hay en ella inteligencia y voluntad, pero inconscientes (1): conoce y quiere y aplica los medios, pero no sabe que los conoce, que los quiere y que los aplica. Maudsley distingue entre espíritu y conciencia, y afirma que la actividad de los centros nerviosos puede obrar toda ella sin conciencia de sus actos: el hombre es una máquina intelectual, y la conciencia su testigo: si este testigo faltase, el hombre no dejaria de obrar por eso; es evidente, al decir suyo, que no hay conciencia en la médula espinal, y que sus reacciones son puramente mecánicas; igualmente carecen de ella los centros sensorios, situados en la base del encéfalo: la tienen los centros corticales del cerebro, pero sin que les sea esencial, pudiendo funcionar inconscientemente.—3º Hay otros, como Lewis, que, al revés de Maudsley, opinan que la conciencia está presente en todo acto nervioso central, no ya sólo en los centros de los hemisferios cerebrales y en los ganglios sensorios, sino hasta en los actos reflejos espinales: la médula dorsal de los animales decapitados tiene inteligencia, intencion, voluntad, y una *conciencia* vaga é indeterminada. Ya Perrault, en el siglo XVII, habia sostenido que el alma ve y conoce cuanto existe y sucede en el interior del cuerpo,

---

(1) Este término, tan en boga hoy, á causa, principalmente, de haber basado en él Hartmann todo un sistema filosófico, es inexacto. La conciencia es propiedad esencial del espíritu: el espíritu es el «sér conscio;» y por tanto, no puede haber espíritu inconscio, ni actos espirituales inconscientes. Con el término *inconsciente* quiere significarse un espíritu que no es «conscio de sí,» que no está presente á si mismo, que no vuelve sobre sí; mas para expresar este pensamiento, poseemos un término propio, que es: *irreflexivo*. Esta distincion ha sido perfectamente establecida por Giner, en el § 36 de sus interesantísimas *Lecciones de Psicologia*, tan justamente celebradas en el extranjero. En igual sentido, la actividad instintiva es reflexiva. Pero el uso ha ido reservando este término para denotar lo deliberado, lo razonado y meditado, diferenciándolo de lo que no lo es; y á él habremos de atenernos, respetando á los vocablos «consciente» é «inconsciente» el significado que se les ha dado, aunque impropio, en la Psico-física.

pero que deja de sentirlo por causa del hábito, tan poderoso, á juicio suyo, que las funciones más esenciales de la vida, por ejemplo, los movimientos del corazon, son simplemente hábitos antiguos trasformados en instintos, que esencialmente dependen de nuestra voluntad, pero que, históricamente, y ya desde la infancia, se han hecho independientes de ella. Dánse la mano con el vitalismo la teoría de la *cerebracion inconsciente* de Carpenter y la filosofía de *lo inconsciente* de Hartmann. Segun la doctrina de éste, así como existe un órden de ideas ó representaciones conscientes para los actos superiores que tienen su asiento ó su punto de partida en el cerebro, existe otro órden de ideas para todos los actos psíquicos reflejos, los cuales, inconscientes para el cerebro, deben ser conscientes para los ganglios y la médula espinal. Segun la teoría de Carpenter, ha de distinguirse en el cerebro dos regiones: una, en la cual tienen lugar multitud de fenómenos intelectuales, á los cuales preside el espíritu, pero sin que tengamos absolutamente conciencia de ellos; y otra, *sensorium*, cuya funcion es percibir y darnos cuenta de aquellos fenómenos y aquellas ideas elaboradas inconscientemente.

La teoría de una inteligencia y de una voluntad presentes sólo á los centros nerviosos inferiores, ó á una cierta region, que no se determina, de los centros superiores, no puede pasar nunca de ser lo que es, una hipótesis más ó ménos atrevida. Siendo indispensable, para conocer un objeto, que tal objeto se halle presente en la conciencia del sujeto, á fin de que el sujeto se lo intime, se haga conscio de él; y tratándose aquí de un objeto de conocimiento, de un estado ó de una propiedad de la actividad refleja que se supone que existe, pero en condiciones tales que le impiden hacerse presente á nosotros, el problema no puede conducirnos nunca á la solucion propuesta por el fisiólogo inglés y el filósofo austriaco. Por otra parte, no parece demasiado sério suponer dentro de nosotros un mundo ignoto de fenómenos conscientes, y por tanto, libres, que nosotros no regimos, una especie de alma independiente de nuestra alma, una como personalidad con propia conciencia y propia libertad, que gobierna autárquica-

mente sus funciones, sin darnos participacion á nosotros mismos, y como consecuencia de esto, sujeto de una moralidad y de un derecho para nosotros desconocidos. La finalidad de esos actos puede revelar una de dos cosas: 1ª La presencia actual del espíritu en ellos: 2ª Que el espíritu haya estado ántes presente en ellos, y no lo esté en la actualidad. Una caja de música ó un organillo, un reloj, un telar automático, miéntras se inventan ó construyen, puede decirse que son inteligencia, idea pura, espíritu conscio, porque sólo en el espíritu del inventor ó del constructor tienen realidad; pero una vez que la idea ha quedado encarnada en la materia, la máquina funciona ya sin inteligencia, sin conciencia, sin intencion, sin voluntad. ¿Puede suceder esto mismo, y ha sucedido con efecto, en el sistema neuro-psíquico? ¿Sería la actividad *refleja* un nombre que recibe la actividad libre, voluntaria, inteligente, conscia, después que se ha hecho automática, involuntaria é inconsciente? La fisiología contemporánea hubiese obrado cuerdamente haciéndose esta pregunta, que encierra de seguro, á mi modo de ver, el problema entero de la actividad psico-física (§§ **18**, **20**, **21**), y acaso tambien, el problema de la existencia del derecho en el reino animal (1).

El segundo grado de la actividad espiritual, primero (segun todas las apariencias) de la actividad actualmente conscia, que el análisis y la observacion descubren en nosotros, es la que podemos denominar, en sentido lato, actividad **instintiva**. Y con ella ponemos, con toda seguridad, un pié en el terreno de la libertad moral, y consiguientemente, del derecho y de la ética. Se manifiesta de dos modos principalmente: 1º Como accion regular y ordinaria, pero estereotipada en el organismo del sujeto, en virtud de un hábito heredado (lo

(1) Sea que se considere las funciones reflejas como punto inicial de la serie en la evolucion de la idea jurídica, sea que se las estime, al par de los actos instintivos, como actos jurídicos (reflexivos, conscientes, libres) que se han estereotipado en todo ó en parte en el organismo, por causa del hábito, y que se ejecutan ahora maquinalmente, sin intervencion de la voluntad, ó con una voluntad y una inteligencia oscuras, ambíguas, indecisas y poco densas, como en la «percepcion sorda» de Leibnitz. El estudio de las costumbres de los animales desde el punto de vista de las instituciones jurídicas, guarda no pocas sorpresas é inesperada luz á la Filosofía del Derecho.

que por antonomasia denominamos «instinto») ó adquirido («hábito individual» en sentido estricto), y determinada, por tanto, de un modo irreflexivo y casi mecánico: 2º Como «reaccion súbita contra una sensacion tambien súbita é intensa,» efecto de un accidente ó de un estímulo interior ó exterior que la provoca, sin que el agente tenga lugar para darse cuenta de ella, calcular el resultado, y dirigir el acto con plena conciencia. Se hace ademan de lanzar contra nosotros un objeto, y por un movimiento súbito, casi independiente de la voluntad, cerramos los ojos ó volvemos rápidamente la cabeza: una llama ó un ascua roza la piel en una parte cualquiera de nuestro cuerpo, y por un impulso instantáneo y casi involuntario, nos apartamos en direccion opuesta al objeto que ha producido la impresion: por un accidente cualquiera, perdemos el equilibrio, y sin pensarlo, extendemos los brazos para recobrarlo y no caer: caemos, al fin, y al punto dirigimos las manos hácia delante como para preservar del golpe la cabeza. En igual línea pueden colocarse el instinto genésico, el instinto de la nutricion, y otros de igual índole. A todos estos actos preside el conocimiento, pero oscuro é indeliberado; cruza por el espíritu á modo de una fulguracion velocísima: el instante de la llegada de la impresion al cerebro y el instante de la partida de la impulsion á los órganos ejecutivos, coinciden en uno. Apénas tiene tiempo el sujeto para conocer lo que hace, y sin embargo lo hace como arrastrado por fuerza superior á la de su voluntad: apénas puede detenerse á practicar la eleccion y adaptacion de medios que el fin requiere, y sin embargo, los elige, como movido por un resorte.

No puede, pues, negarse que hay en el instinto un elemento de libertad, que el acto instintivo es á todas luces consciente, si bien con una conciencia elementalísima, fugitiva y de muy escasa densidad. La libertad no es plena, sino limitada, á veces rudimentaria. Pero por otra parte, es evidente que, sin ser tan automático como el acto reflejo, hay en él mucho de mecanismo, pues de otro modo, no se concebiria que, siendo, como es, ménos consciente que el acto racional reflexivo, se encamine á su fin más directamente que éste, y se equivo-

que con ménos frecuencia. Hay, en suma, en el hecho instintivo parte de libertad y parte de automatismo: el agente sabe y no sabe, resuelve y no resuelve lo que pone por obra. Diríase la accion obra de dos sujetos: uno, el que la determina, y otro, invisible, misterioso, que no se hace presente en ella. Por esto ha dicho muy bien Giner que «el instinto es análogo á otras muchas manifestaciones é impulsos irreflexivos, en los cuales el resultado excede al esfuerzo del sujeto.»

Prosiguiendo nuestra ascension á través de la actividad psíquica, nos encontramos con una série dilatadísima de grados que descubren un carácter fundamental comun,—la conciencia impersonal—y que podemos designar, de acuerdo con la lógica contemporánea, bajo un comun denominador, actividad de **sentido comun.** Es la actividad con que se han formado las más de las costumbres, si no todas, en la historia universal del Derecho. Segun la doctrina de Carpenter, los actos de sentido comun serian efecto de una accion refleja ideo-motriz, respuesta instintiva dada por la accion automática del espíritu á toda pregunta que exige respuesta inmediata de este género; cuya naturaleza y cuyo valor dependerian de la condicion adquirida del espíritu ó del cerebro en el momento en que se da, y cuya forma particular la determinarian, por una parte, la herencia y la constitucion física del indivíduo, por otra parte, la influencia del medio social sobre sus facultades, y últimamente, su propio poder de direccion personal. Es innegable que el asiento de esta actividad y el teatro donde actúa, es el cerebro; pero nada induce á creer que deba conceptuarse como actividad automática: el agente se determina siempre á obrar en virtud de plan formado por él, prévia proposicion y debate interior acerca de la forma más adecuada que corresponde á aquella relacion jurídica: y áun despues que sus actos se han hecho habituales, se hallan siempre bajo la suprema inspeccion, más ó ménos descuidada, del espíritu, salvo si han degenerado en rutina (§ **43**): á diferencia de la actividad instintiva, hállase ésta dotada de discernimiento. No puede negarse que queda todavía en ella una cierta dósis de automatismo, si bien menor que en los actos instintivos;

que el elemento impersonal del todo colectivo domina y se impone al elemento individual; pero, en absoluto, nunca llega á absorberlo, y sería temerario desconocer que este género de actos tiene de comun con los actos artísticos el ser voluntarios y reflexivos, siquiera difieran sobremanera en cuanto al grado de voluntad y de reflexion que entra en cada uno. El carácter elemental y relativo de esta actividad, hace que su modo de proceder sea insistemático, y sus obras fragmentarias y parciales. En cambio, la parte de mecanismo que interviene en ella, le da una seguridad y una firmeza que la actividad artística, libre de todo en todo, no logra tan fácilmente con un esfuerzo mucho mayor.

Suele circunscribirse el sentido comun á la esfera del conocer, pero erróneamente: la actividad de sentido comun abraza al Espíritu en su totalidad é integridad, y por tanto, lo mismo ha de decirse del derecho, del bello arte ó de la religion, que del conocimiento. Sí es cierto que los caractéres que la lógica descubre en el sentido comun, considerado en esta última relacion, son los mismos que ostenta en los demás respectos, como actividad para los restantes fines de la vida. Esos caractéres se resumen en poco. El saber popular ó de sentido comun es, en primer lugar, insistemático é inorgánico en la forma; su unidad es tan sólo de fondo, interna, latente y sustancial, mas no se traduce al exterior; es unidad invisible, potencial, amorfa: la constituyen innumerable enjambre de ideas, de máximas, de estilos y costumbres, pero en desórden, no sujetas á rigorosa disciplina, no eslabonadas jerárquicamente en torno de un concepto fundamental, formando un acabado organismo: es un agregado de verdades sin conexion formal, *arena sine calce, membra disjecti corporis*; nace por partes y fragmentariamente, no como un desenvolvimiento ordenado y sistemático de una idea generadora, puesta por núcleo y semilla de donde fluya por una como evolucion genética toda la obra; y en esto difiere tan radicalmente de la ciencia, como si mediara entre ellos un abismo. Y faltándole la unidad formal, dicho se está que carece tambien de certidumbre; sus verdades no son verdades ciertas, por lo mismo que la razon no ha procedido,

al investigarlas, segun un órden metódico, ni ha podido fundarlas, por lo tanto, en aquel concepto primario que las contiene á todas, ni expresar el grado de relativa dependencia que dentro de él guardan las unas respecto de las otras. Nace de todo esto que el sentido comun no revele la verdad en toda su plenitud, que sea más bien un sistema truncado de verdades, deficiente en los pormenores, vago y nebuloso en la expresion, exento de aquella claridad que es característica dote de la ciencia, desvirtuada su verdad esencial por contradicciones insolubles: cada regla consuetudinaria ofrece multitud de variantes, cada problema diversidad de soluciones, cada necesidad aspectos intactos y nunca sospechados ni satisfechos: hay desequilibrio en el desarrollo de los miembros interiores, confusion en su ordenamiento, y falta de eslabones intermedios que patenticen su relacion y enlace: tal país conserva en pié, por la fuerza de inercia que caracteriza á las creaciones del espíritu colectivo, antiguos usos y cánones que en otros países han sido ya desvirtuados y suplantados por otras costumbres posteriores; y por el contrario, se mantienen confinadas y localizadas en la reducida comarca donde nacieron, prácticas que convenia generalizar. Pero, en medio de esto, posee el sentido comun excelencias del más subido precio, siendo la más capital de todas el ser fiador seguro contra las abstracciones en que tan á menudo incurre el saber teórico, y que no siempre la verdadera ciencia lógra corregir con el apremio que demanda el correr incesante y precipitado de la vida. El sentido comun constituye una especie de ciencia anónima, objetiva, impersonal, creada sin intencion directa de la voluntad, regida por los impulsos de una necesidad interna, y como consecuencia, es su saber más homogéneo, más *uno*, y en el fondo más *verdadero* que el saber propiamente especulativo y teórico: tanto cuanto es menor la órbita en que se mueve el albedrío, son mayores y más aventajadas las dotes de infalibilidad que avaloran al saber popular. Sin la facultad de abstraer, propia de la razon reflexiva; libre de esas obsesiones de la imaginacion que hacen declinar la ciencia en un perpétuo atentado contra la sana razon y contra la naturaleza,—el sentido comun procede con más

lentitud, pero con más firmeza; adelanta ménos, pero no retrocede camino; esquiva la paradoja; se libra de quimeras y de fantasmas; no se deja embelesar por los seductores espejismos que á las veces se forja la razon subjetiva; opone á todos esos alucinamientos la prosa de la vida; toma por guia la experiencia, y aborrece por sistema las novedades; pugna por obliterar en la fantasía la facultad creadora y reducirla al modesto papel de placa fotográfica que reciba casi pasivamente la verdad, tal como se ofrece en las vivas lecciones de la naturaleza ó en las secretas inspiraciones de la razon. Por esto son, á todo ruedo, más fiables conductores de la vida las geniales intuiciones del sano y realista sentido comun, que las especulaciones teóricas de indiscretos y poco circunspectos científicos, pagados de inventiva y originalidad (1). Idénticos rasgos caracterizan á la costumbre ó derecho popular con respecto á la ley oficial y artística, segun en su dia verémos.

El último grado de la actividad psico-física que el análisis descubre en nosotros, es la actividad por excelencia racional, consciente y voluntaria, que podemos denominar, en sentido lato, **artística** (2). En ella, la libertad alcanza su más alto grado de condensacion. El cerebro es el órgano principal con que el alma se manifiesta en este grado supremo de la espiritualidad. Fuera ya de los carriles automáticos por donde el hábito y el instinto encaminaban el espíritu, despliega éste su poderosa iniciativa en infinitos actos de todo en todo espontáneos, obra exclusiva suya, de cuya finalidad está plenamente cónscio, y cuya condicionalidad domina, ordena y dirige, libre de extraño impulso, por movimiento propio. Se distingue esta actividad de la vulgar ó de sentido comun, por una union más íntima del sujeto con el objeto, al par que por una mayor independencia de aquél con respecto á éste, y como consecuen-

(1) He discurrido más extensamente acerca de los caractéres del saber comun en *La Poesía Popular*, cap. II, «Caractéres lógicos del saber político contenido en la poesía popular española (Rev. de España, 1877);» y sobre la relacion entre la actividad comun y la artística, en *La Vida del Derecho*, § 20-35.

(2) El arte en el obrar dice relacion á la Ciencia y á cada una de sus funciones (investigacion y comunicacion de la verdad), al Derecho y á las suyas (establecimiento ó determinacion de la regla, ejecucion, juicio, etc.), á la Industria (produccion, distribucion, cambio), á las Bellas Artes, etc.

cia, por una intuicion más clara de su naturaleza y del organismo interno de sus miembros. Todo fin ú objeto factible (una verdad para la Ciencia, un principio jurídico para el Derecho, una utilidad natural para la Industria, etc.) se resuelve en un cierto número de partes constitutivas, coordenadas entre sí y subordinadas á una idea primordial, la idea madre del objeto: ese conjunto de partes elementales, dadas en coordinacion y subordinacion, constituyen lo que se dice un *sistema*. La realizacion del objeto habrá de ser, por tanto, *sistemática*, la actividad deberá proceder sistemáticamente, poniendo los medios, no inconcretamente y de una vez, sino parte por parte, segun lo requiera la distinta naturaleza de cada una, y por el mismo órden que guarden unas respecto de otras en el organismo del objeto, que es decir, objetivamente, segun las leyes del objeto mismo. Ahora bien: la actividad artística se diferencia de la comun en que obra con sistema, y por esto sus actos son una traduccion fiel, así en fondo como en forma, del objeto ideal factible: como él, es el hecho uno, orgánico, sistemático: lo abraza en todos sus aspectos y relaciones; lo realiza en la plenitud de su naturaleza. Las cualidades que resplandecen en este género de actividad,—plenitud de espontaneidad, intimacion doble ó regresiva del objeto en la conciencia, línea de vibracion nerviosa sometida en todo su trayecto á la libre accion de la voluntad, eleccion racional y adaptacion proporcionada de medios al fin, presencia y dominio de sí mismo, no sólo en el conjunto y en la totalidad del acto, sino en cada uno de los momentos en que se subdivide,—son tan características de él, como puede juzgarse comparando el siguiente hecho con los actos instintivos anteriormente citados, y áun con los ordinarios de sentido comun. Habla Plinio el Jóven:

«Los demás van á sus cortijos para adquirir riquezas: por el contrario, yo voy á los mios á empobrecerme. Habia vendido el producto de la vendimia de este año á unos negociantes que pujaron con exceso, en la creencia de que su mercancía alcanzaria en el mercado un precio fabuloso. Sus esperanzas han salido fallidas. Lo más expedito y breve hubiese sido otorgar á todos una remision igual; pero semejante proceder era con-

trario á la equidad, y á mí no me parece ménos glorioso hacer justicia en casa que en los tribunales, en los asuntos leves que en aquellos en que se agitan cuantiosos intereses, en los propios que en los ajenos, porque si se pretendiese que todas las faltas son iguales, habríamos de convenir en que tambien son iguales todas las buenas obras. He hecho, pues, gracia á todos los compradores de una octava parte del precio, para que ninguno dejase de llevar una muestra de mi liberalidad. Pero aparte de esto, he tratado con especial consideracion á aquellos que me habian adelantado grandes sumas: habia recibido yo de ellos mayor remuneracion, y ellos se habian causado mayor perjuicio. Sobre la octava parte remitida á todos en general, he perdonado á estos una décima parte de su deuda, en cuanto ésta excedia de diez mil sestercios... He considerado, además, que del precio, unos habian pagado más, otros ménos algunos nada; y no me ha parecido justo tratar con bondad igual, en la remision, á aquellos que no habian sido igualmente exactos en el pago. He hecho, pues, remision á cada uno del décimo de lo que tenía pagado. Creo haber dejado satisfecho con esto, por lo que hace al pasado, lo que cada uno podia esperar de mí segun sus méritos, y les he obligado á todos, respecto á lo venidero, para que vuelvan á comprar, ó en su caso, á pagar. Esta razonable equidad me sale cara, pero vale la pena el haberla hecho. No se habla en todo el país sino de la novedad de la remision que he discurrido y del modo como la he ejecutado: no hay uno que no la alabe. Aun los mismos á quienes no he medido con un mismo rasero, como suele decirse, sino con la debida distincion y proporcionalidad, cuanto más probos y honrados son, tanto más agradecidos se manifiestan por haber experimentado que, conmigo, no es cierto aquel dicho: «El bueno y el malo son colocados en una misma línea» (1).

18. Relatividad de las formas particulares de la actividad: ley de su continuidad. — Así definidas en tésis general las diversas formas que suelen distinguir-

(1) Plinio, *Epistol.*, lib. VIII, 2, *á Calvisio.*

se en la actividad psico-física, observemos ya que ninguna de ellas está dotada de caractéres específicos, que son divisiones artificiales de un todo sustancialmente homogéneo y dado en continuidad. La psicología antigua las inventariaba en concepto de especies naturales, ó sea, como actividades fijas, estables, heterogéneas, sustantivas, extrañas unas á otras, incomunicables é indiscernibles, separadas por un abismo infranqueable ó por un salto; y es digno de llamar la atencion que, cuando ya los fisiólogos y naturalistas han quebrado el molde de la especie orgánica (botánica y zoológica), tal como la concibieron Linneo y Cuvier, lo conserven íntegro en la Psico-física, como si pudiera regir en el reino del espíritu una ley de discontinuidad que la razon y la experiencia han desterrado de la filosofía natural. *Spiritus non facit saltus.* No existen hiatos ni vacíos entre actividad y actividad: desde la accion refleja más oscura, que emerge del seno de lo físico, hasta la profética vision del génio, que mide los espacios y descubre los secretos resortes de la vida universal, se extienden y obran numerosas actividades, continuacion las unas de las otras, grados de escala, ó más bien, séries ó secciones, que abrazan, dentro de esa escala, infinidad de grados: muévense en una progresion constante y uniforme, entre una máxima y una mínima, y se enlazan entre sí como los eslabones de una cadena, siendo el grado inferior de la una, prolongacion del grado superior de la otra, y viceversa. Ya la Psicología tradicional podia haber advertido, si no la continuidad, al ménos la comunicacion entre unas y otras actividades por medio de transiciones: áun estimando esas actividades particulares como tipos fijos é inmutables, pudo haber observado que entre ellas habia puentes, transiciones, especies ambíguas é indecisas, que ellos hubieran denominado *imperfectas*, ó á lo sumo, *híbridas*; avanzando un paso más, habrian notado que el tránsito se efectúa por ténues y delicadas gradaciones, partícipes, en diversa proporcion, de la naturaleza de las dos actividades contrapuestas: y ya no les hubiese quedado por andar sino un paso más para reconocer que ni hay actividades específicas ni actividades híbridas, sino grados progresivos de actividad, cada

uno de los cuales representa una transicion entre los dos grados adyacentes: habrian descubierto, ántes que los naturalistas, la *ley de la continuidad*, que, ciertamente, era más visible en el Espíritu que en la Naturaleza. Se habria evitado además, con esto, la asombrosa variedad de opiniones que trae divididos á los científicos acerca de la naturaleza y límites de esas actividades y de sus productos respectivos. Los actos reflejos, por ejemplo, los refieren unos á los puramente físicos ú orgánicos; otros los confunden con los instintivos; hay quien hace descender éstos á categoría de reflejos, llegándose hasta á atribuir instintos á los vegetales: no es raro que se involucre el sentido comun con el instinto; no falta quien lo considere como actividad reflejo-cerebral, miéntras que otros, por el extremo opuesto, clasifican como ciencia obras de publicistas que apénas se levantan sobre el nivel ordinario del sentido comun: los actos habituales, ora se les considera como voluntarios en absoluto, ora como automáticos de todo en todo, en tal extremo, que hay fisiólogo que los tiene por reflejos y les da por asiento los ganglios situados en la base del cerebro: no son menores las divergencias cuando se trata de particularizar la actividad, distinguiendo entre el pensamiento y el sentimiento, por ejemplo, ó entre lo épico, lo lírico y lo dramático: no llegan á ponerse de acuerdo los críticos sobre si tal composicion ha de definirse como tratado científico ó como poema épico; tal regla de derecho, como legal ó como consuetudinaria; tal conjunto de leyes ó de costumbres, como compilacion ó como código; tal produccion literaria, como poesía docta y erudita ó como hija de la fantasía colectiva; entre el refran y el cantar, entre el cantar y el romance, entre el romance y el poema, entre el poema y la epopeya, hay transiciones, géneros que diríamos mixtos ó intermedios, si admitiésemos como géneros naturales esas divisiones puramente subjetivas; las hay tambien entre el hecho jurídico, la sentencia, la costumbre, la ley, el edicto pretorio y el código (1); y

(1) En otro lugar he señalado la transicion graduada en la génesis de la poesía y del derecho (*La poesía popular española*, cap. III), y entre la ciencia y la poesía (*Ibid.*, cap. I), así como el hibridismo en las lenguas por efecto del contacto (*Los dialectos de transicion*, apud *Boletin de la Institucion Libre de Enseñanza*, 1878 y 1879).

por este mismo tenor, en los demás órdenes de la vida.—Reproduccion exacta, segun se ve, de lo que ha sucedido y sucede en Historia Natural, cuando se parte del supuesto de las especies orgánicas invariables y discontínuas, creadas de una vez: tal género, unos lo clasifican en una familia y otros en otra, por ostentar caractéres comunes á las dos; tal especie se confunde con tal otra, y se titubea en adscribir á una ó á otra los indivíduos conocidos ó que se van descubriendo; se disputa sobre los límites de infinidad de géneros: con diversos ejemplares de un mismo animal ó de una misma planta, forma un naturalista una sola especie, incluyéndolas todas bajo un comun denominador, miéntras que otro, más nímio y escrupuloso en registrar detalles, las distribuye en dos, tres ó más especies, con nombres diferentes.

Hé aquí por qué tropiezan con tantas dificultades psicólogos y fisiólogos, cuando tratan de precisar los rasgos diferenciales de la actividad *refleja* espinal: la densa oscuridad que reina todavía en lo tocante á la union de la naturaleza y el espíritu en la humanidad, proyecta impenetrable sombra sobre estos otros problemas particulares, que en aquel otro general tienen su raíz y su fundamento. ¿Dónde concluye el cuerpo y principia el espíritu? ¿Dónde ha de trazarse la línea ecuatorial que divide esos dos hemisferios, la frontera que deslinda esos dos reinos? Tanto valdría querer fijar el instante que separa el dia de la noche, la hora en que se pasa de una edad á otra edad, ó el fitozoo que divide el reino vegetal del animal. En esos limbos misteriosos y oscurísimos, donde entran en conjuncion lo psíquico y lo físico, hay infinidad de gradaciones tenuísimas que escapan á la observacion más aguda y paciente, transiciones insensibles, actividades híbridas psico-físicas, en que ora aventaja lo espiritual á lo natural, ora predomina éste en uno ú otro grado, ora se mantienen en ordenado equilibrio: entónces, un mismo acto será calificado por unos de automático, por otros de intelectual, por otros de intelectual y automático juntamente. No se pondrá punto final á las disputas, miéntras no se reconozca que entre el cuerpo y el espíritu no hay saltos ni intervalos, ni siquiera infinitesimales, y que si

no han podido trazarse hasta el presente linderos fijos, como de cualidad, entre la actividad del uno y la del otro, es porque tales linderos no existen en la naturaleza de las cosas. Algo es haber reconocido en la ciencia una esfera de *subconsciente* ó *preconsciente*; pero no es bastante todavía, como no lo ha sido reconocer *grosso modo* el bastardeamiento de las lenguas en contacto, para explicar el vasto conjunto de fenómenos que determinan la vida de relacion de las lenguas y sus consiguientes metamórfosis.

Por motivos idénticos ha resistido hasta el presente, y sigue resistiéndose aún á toda tentativa de solucion, el oscuro problema del *instinto*. ¿Cuáles son sus caractéres sustanciales? Que se enlaza directamente con la actividad refleja, como un eslabon se enlaza con su inmediato en una cadena, es evidente, y las mismas fluctuaciones y el mismo desacuerdo de los científicos lo ponen indirectamente de manifiesto. Pero que no es una misma cosa con ella, lo demuestran estos dos hechos: 1°, la actividad instintiva, áun en aquellos movimientos más vecinos á los reflejos, no es innata, sino que supone experiencia del resultado de las excitaciones que provocan el hecho; ni es del todo mecánica, pues algunas veces equivoca la relacion de los medios al fin: 2°, el hombre puede vencerla y señorearla por medio de la reflexion, reduciendo los actos provocados por ella á categoría de actos plenamente voluntarios. Ya hemos visto que se juntan en el instinto dos factores antagónicos, la libertad y el automatismo. Así como los actos reflejos parecen resultado de una actividad híbrida psico-física, la actividad instintiva aparenta ser un término medio entre la deliberada y la refleja. Ostenta todos los caractéres propios de una actividad mestiza que participa de la naturaleza de las dos, y con las dos se da la mano. No ha de creerse que exista un tipo específico de actividad instintiva: existen matices y variedades infinitas de actividad, en las cuales entra el instinto, ó mejor dicho, el automatismo, en proporcion mayor ó menor: por esto se han observado en los animales actos instintivos que confinan con la reflexion, v. gr., el canto del ruiseñor, cuyas modulaciones aprende por imitacion, ó la caza de ratones que la

gata enseña á sus hijos; y otros que caen de lleno bajo la jurisdiccion de la actividad refleja, por ejemplo, la construccion de galerías en la madera por el abejorro, ó el enterramiento de cadáveres por el necróforo, para depositar en ellos huevecillos, actos que no han podido aprender de sus padres porque no llegaron á conocerlos. Yerra, en mi opinion, Lemoine, cuando tratando de determinar la posicion relativa del instinto, dice que hay que buscarlo en fenómenos superiores á la física ó á la química más experta, y áun á los de la vida orgánica, pero inferiores á los actos voluntarios, á los pensamientos, hasta á las pasiones, en aquella especie de individualidad que media entre la perfecta semejanza de los átomos indiscernibles y la personalidad perfecta de los séres libres, en los fenómenos de la vida, que están por encima de la gravitacion del átomo ó del planeta y por bajo de la voluntad libre y racional.

En igual caso que el instinto se encuentran las actividades que denominamos *vulgar ó de sentido comun* y *artística:* tambien en ellas se contienen numerosas variedades fundadas en la mayor ó menor intensidad de la reflexion , las cuales, más que como diferenciaciones específicas, deben considerarse como grados cuantitativos de una misma cualidad. El grado inferior de la actividad vulgar ó comun, es una continuacion del grado superior de la instintiva, y una como sublimacion suya: por el extremo opuesto, se encadena con la artística, siendo como un vestíbulo para ingresar en ella. Desde allí, se va elevando por transiciones insensibles, hasta tocar las más altas cimas de la racionalidad, llevada en alas del genio, llámese santo, filósofo, legislador, héroe ó poeta, encárnese en un Platon, en un San Pablo, en un Hernan Cortés, en un Pedro de Rusia, en un Galileo ó en un Shakspeare. En el punto mismo donde acaba la una, principia la otra. En la esfera del derecho, por ejemplo, ó más concretamente, en la funcion productora de la regla jurídica, se hallán representadas entrambas formas de actividad, la comun ó vulgar por la «costumbre,» la artística por la «ley,» y más todavía por el «código.» No es menester añadir, pues se desprende del sentido de todo lo expuesto, que tanto en la una como en la otra hay grados ó sub-

variedades; que miéntras unas costumbres (siguiendo el mismo ejemplo) se enjendran casi irreflexivamente, imitando el obrar semi-automático del instinto, otras son producidas en virtud de actos reflexivos, en los cuales es fácil descubrir algunos de los caractéres que son propios del arte. Compárese, v. gr., el modo como nacieron las costumbres del derecho gentilicio primitivo, con el modo como se han enjendrado en nuestro tiempo las costumbres de la asociacion cooperativa. De igual modo, hay leyes y códigos elaborados por una actividad artística lindante con la comun, y los hay en que el arte ostenta sus excelencias y virtudes en un grado tal de condensacion, que casi realizan las condiciones del ideal. Compárese el Código de las XII Tablas con la Instituta de Justiniano, ó el Fuero Real castellano con el moderno Código de Portugal. Otro tanto ha de decirse respecto de las demás funciones de la vida humana, de la Ciencia, de la Economía, de la Religion, de la Moralidad, del Bello Arte.

Quede, pues, sentada la unidad sustancial de la actividad psico-física, y la continuidad en série de todos los estados, grados ó formas en que se nos manifiesta obrando en la vida. La Psico-física contemporánea más avanzada va derechamente á afirmar este principio de homogeneidad, sea que se limite á reconocer, con Darwin, Spencer y Bain, que las funciones cerebrales son de la misma naturaleza que los actos reflejos, no diferenciándose de ellos sino por una mayor complejidad, sea que reduzca á categoría de automáticos y reflejos los actos instintivos y habituales, determinados en el cerebro, como Laycock, Carpenter y Onimus, ó además de esos, las acciones voluntarias motrices, como Luys, que las considera como trasformacion de los fenómenos de sensacion y de percepcion centrípeta ó exterior. Dejando á un lado la parte de exageracion, tributo de escuela, que sugiere á muchos de ellos la negacion de aquel factor personal que apellidamos espíritu, levantemos acta de esa tendencia universal á la unidad de los diversos géneros de actividad psíquica, que la ciencia tradicional no acertaba á definir, y sigamos nuestro camino. Hemos visto ya que las actividades psíquicas que llevo descritas

no constituyen otras tantas unidades específicas, independientes unas de otras, sino miembros de un mismo todo, grados relativos de una misma y sola actividad, no diferenciados por ninguna característica definida que pueda señalarse á modo de línea ecuatorial. Avanzando un paso más, notemos que esas formas de la actividad ó actividades particulares no se hallan separadas por ninguna divisoria fija é inmutable, al modo de las fronteras naturales de la Geografía, sino por un límite móvil: lo artístico puede trasformarse en vulgar ó de sentido comun, lo vulgar en habitual ó instintivo, lo instintivo en vulgar, lo vulgar en artístico. Las dos potencias que causan la trasformacion, impulsando el límite móvil hácia el uno ó hácia el otro extremo, son la *reflexion* y el *hábito*.

Para poder definir estos dos poderes, nos es forzoso conocer ántes el modo como obra la actividad psico-física. Analicemos este proceso en su forma más compleja.

19. La sensacion y la percepcion. —La causa ocasional de la percepcion es la *excitacion*. Los estímulos son de dos modos, correspondientes á los dos géneros de fines que el análisis descubre en los séres libres: físicos y psíquicos. Los estímulos *físicos* obran:—1° En forma de excitacion exterior, mediante uno cualquiera de los procesos y energías de la Naturaleza, calor, luz, electricidad, magnetismo, presion, contacto, reacciones químicas, movimiento, humedad, etc., y son recibidos por el cuerpo, segun queda dicho, ya mediante órganos especiales (los ojos para la luz, el oido para el sonido, etc.), ya directamente por la piel que envuelve todo el cuerpo (temperatura, presion, gravedad, etc.):—2° En forma de excitacion interior, recibida por el sentido general corpóreo, ó por órganos especiales (hambre, sed, fatiga ó cansancio, desasosiego, bienestar, dolor producido por una enfermedad, etc.). Los estímulos *psíquicos* son más interiores que exteriores, porque el espíritu lleva en sí mismo su razon de obrar, vive de su propia sustancia, es causa motriz, se determina con libre espontaneidad, plena ó ménos plena; y toman la forma de fo-

mentacion interior, de curiosidad, de aspiracion, de afecto, etc.

Lo primero que debemos notar en el estudio de la sensacion y de la percepcion es que nosotros no percibimos nunca directamente los objetos, sino solamente su imágen, en un como panorama interior, resultado del conjunto de sensaciones que producen ó despiertan en nosotros, y que son efecto, á su vez, de las vibraciones nerviosas que esos mismos objetos, asociados á las energías naturales, determinan en nuestro aparato neuro-psíquico. Las ondas luminosas, caloríficas, sonoras, ó de otro género, que parten de los objetos y caen sobre el órgano correlativo de nuestro cuerpo (ojos, piel, oido, etcétera), no son reflejadas, sino que el órgano las absorbe, el nervio las propaga sin alterarlas, ántes bien dejándose modificar por ellas, recíbelas el cerebro, ó más concretamente, las células de su capa cortical, y el alma educe de ellas una nocion. Las impresiones de la luz, color, olor, gusto, frialdad, calor, etc., obran sobre nuestro sistema nervioso provocando dos reacciones: 1ª Una de índole físico-orgánica, que se traduce en movimiento, en calor, en combustion, en electricidad ó modificaciones electrotónicas, en descomposiciones químicas, y por decirlo de una vez, en fuerza viva, que es, segun todas las probabilidades, el equivalente mecánico de la presion, ó del choque, ó de las ondulaciones del éter, del aire ó del sólido, ó de la contraccion muscular, ó de la acumulacion de humores, que causaron la excitacion: 2ª Otra de índole espiritual, que se traduce en sensacion y en percepcion sensible. La primera reaccion es condicion *sine qua non* de la segunda, pero se efectúa independientemente del alma: la accion del mundo exterior encuentra aquella correspondencia, sus excitaciones se trasforman en vibraciones nerviosas, en movimiento interior, aunque el alma esté inatenta á ellas; mas para que se produzca el otro género de reaccion, para que los materiales importados del exterior y conglobados en la impresion se metamorfoseen en un producto espiritual, en una percepcion, es indispensable la presencia del espíritu en mayor ó menor grado, esto es, con un grado mayor ó menor de atencion. Cómo se obra esa segunda parte del fenómeno, cómo ad-

quiere el sujeto una idea ó representacion del objeto, no es problema que se preste fácilmente al análisis.

Lo primero que el alma tiene que hacer es interpretar la sensacion, y para esto se vale de dos géneros de datos: unos ideales, conceptos primarios, elementalísimos, inherentes al espíritu y propiedades esenciales suyas, especie de premisas innatas, que constituyen el alfabeto vivo de la realidad (ideas de unidad, causalidad, finalidad, posibilidad, esencia, sér, actividad, tiempo, todo, parte, etc.): otros experimentales, adquiridos por experiencia de sensaciones pasadas. Sirviéndose como criterio de los primeros, ó además de ellos de los segundos, discierne el alma los elementos de la sensacion presente, y traduce esos datos sensibles en datos psico-físicos, de naturaleza intermedia. Hé aquí cómo. Existe en nosotros una zona neutral, donde se ponen en conjuncion activa las dos esencias totales que constituyen nuestro sér: llamámosla fantasía ó imaginacion, verdadero mediador plástico que hace visibles para el espíritu las formas de la Naturaleza, y sensibles para el cuerpo las ideas del Espíritu. Para este efecto, posee formas de naturaleza intermedia, un tiempo, una extension y un movimiento propios, que se corresponden con los del mundo exterior; y le auxilian, por una parte, la memoria, y por otra, la facultad que se supone propia de las células nerviosas cerebrales, de hacer latentes las impresiones recibidas, una vez deducido de ellas el dato espiritual, y de vivificarlas otra vez, cuando el alma espontámente quiere despertarlas de su letargo, ó cuando objetivamente las despierta una impresion nueva, unida con aquella por uno ú otro modo de asociacion. Ahora bien; la fantasía recoge la impresion compuesta que produce el objeto, ó la série de impresiones parciales procedentes de cada una de las partes del objeto, y recibidas por uno ó por varios órganos del sentido; ordena los datos que cada una envuelve, interpretados ya y traducidos por el entendimiento, en la misma disposicion que esas partes guardan en el objeto; los reviste de aquellas formas de índole psico-física que hemos dicho,—y con esto queda dibujado en ella más ó ménos claramente el objeto, suceso ó energía natural, así como la

modificacion que ha determinado en nuestro cuerpo, ó el estado corporal de que es nuncio y avisador el estímulo. En esa imágen ó representacion interior es donde el espíritu, en virtud de lo que Helmoltz denomina juicio inconsciente, refiere la sensacion á una causa objetiva distinta de él mismo, y se hace conscio de los factores que en ella integran, de su estructura, direccion, color, distancia, magnitud ó fuerza, relaciones, etc.: la sensacion se ha hecho percepcion. Seguidamente, se despliega (aunque no siempre) en su doble carácter de intelectiva y afectiva: es decir, que el objeto, ó la necesidad correspondiente, se da á conocer primeramente al sujeto; al punto se despierta en él un interés más ó ménos vivo, una tendencia, hácia él, ó por el contrario, una repulsion instintiva, segun sea conforme ú opuesto á su naturaleza racional y corpórea, segun le aproxime ó le aleje del equilibrio natural á que todo tiende en el universo, ó de otro modo, segun le cause placer ó dolor; y por último, y como consecuencia de aquel conocimiento y de esta atraccion ó repugnancia, se resuelve á imprimir una cierta direccion á su actividad para producir un efecto correspondiente á la impresion, conseguir el fin que en la excitacion se ha hecho patente, ó evitar que se reproduzca ó que continúe su accion sobre él, trazando al efecto un plan de accion en la fantasía, que le permite ver acabado el hecho ántes ya de principiar á traducirlo en el mundo exterior sensible. De conformidad con este plan, trasmite el espíritu las órdenes oportunas, por los nervios centrífugos ó motores, á los músculos, que han de ejecutar la parte material del hecho, directamente, ó con el concurso inmediato del sistema óseo y de los instrumentos debidos á su industria.

Así se cierra el ciclo psico-físico, compuesto de dos movimientos, en direccion centrípeta el primero, y centrífuga el segundo. ¿Existe otro ciclo inverso de ese? O de otro modo: ¿puede partir del espíritu la iniciativa de un hecho cualquiera, sin que estímulo alguno exterior lo provoque? Al apuntar los géneros de estímulos, he anticipado la afirmativa: el monismo fisiológico contemporáneo lo niega. Segun él, la sensacion, producida de un modo enteramente mecánico, sin inter-

vencion de ninguna actividad libre, es la tésis fecunda de donde dimanan, por evolucion ó por diferenciacion, el conocimiento, el sentimiento, la voluntad, y en una palabra, todos los fenómenos que denominamos psíquicos. Pero la experiencia en que el monismo pretende apoyar sus teorías preconcebidas, léjos de comprobarlas, las desautoriza. Basta considerar:—1° Que la sensacion no es una consecuencia necesaria y fatal de la excitacion, toda vez que si el sujeto se halla distraido, si no atiende á la impresion, le pasa ésta desapercibida, y la sensacion no se produce, ni por tanto la percepcion; sin contar aún con que multitud de sensaciones pasan inadvertidas en la vida comun, hasta que una casualidad ó la induccion científica las descubre á un observador adornado de dotes especiales, como ha sucedido, por ejemplo, con la descomposicion del sonido en sus partes simples constitutivas, las imágenes accidentales de los objetos, los fenómenos de la mancha ciega ó *punctum cæcum*, etc.:—2° Que para que la sensacion se corresponda exactamente con la excitacion, ha de efectuar el sujeto una interpretacion libre de los datos aportados por ella, distinguiendo la parte debida á la causa excitante y la debida á sí propio; que en esta interpretacion puede equivocar el valor y significado de esos datos, ó sea, su relacion de esencia ó de semejanza con los datos ideales; y que para evitar todo error ó rectificar la sensacion, ha menester repetir la excitacion, á fin de aclarar su contenido, ó completarla con otra ú otras recibidas por órganos distintos: tal acontece, por ejemplo, con la apariencia de quebrado con que se presenta á nuestra vista un objeto parcialmente sumergido en el agua, con las impresiones vivísimas que ciertas personas sienten y localizan en la extremidad de miembros que les han sido amputados, con la ilusion del que va en un tren y le parece que postes y plantas y peñascos y el suelo todo desfila en precipitada fuga por delante de él, y á este tenor con todas las llamadas «ilusiones de los sentidos»:—3° Que, por esto, una misma excitacion puede provocar sensaciones diferentes, ó una misma sensacion distintas percepciones, en diversos indivíduos, y áun en un mismo indivíduo cuando se afecta de ella en

dos tiempos consecutivos: así, una luz nos parece más ó ménos intensa, segun el grado de iluminacion del medio en que nos hallábamos ántes, ó segun el grado de irritacion, de debilidad ó de salud del órgano de la vista:—4° Que, por el contrario, excitaciones diferentes pueden dar por resultado sensaciones iguales, en varios indivíduos simultáneamente, en un mismo indivíduo consecutivamente, segun el estado de ánimo, de salud, ó enfermedad corporal, etc.:—5° Cuando el fenómeno se repite, si la excitacion conserva su misma intensidad, la sensacion mengua: si la excitacion crece, el aumento de la sensacion no es proporcional al de la excitacion.—Conclusion: no es la sensacion un fenómeno puramente físico ú orgánico: no es el cuerpo quien la determina, quien la percibe y quien la contesta en el movimiento: interviene en ella un factor personal, que no es el objeto excitante, ni el aparato nervioso, ni una resultante de ellos ó de su accion. Entre los hechos orgánicos ó corporales y los hechos de conciencia, existe relacion íntima, pero no identidad. Al hecho de la sensacion concurren dos elementos, dos actividades: una física, necesaria: otra espiritual, libre; no encadenadas de un modo fatal, sino discontínuas, á punto de poder la una contrariar, y áun anular, la accion de la otra. Ese factor personal es una sustancia regida por leyes propias, diametralmente opuestas á todo lo que sea puro mecanismo: tiene facultad de elegir, y por tanto, espontaneidad. Existe, por consiguiente, todo un mundo de fenómenos independientes del cuerpo, y cuya iniciativa y determinacion compete de pleno derecho al espíritu; sin que obste á esto el que esa accion original del espíritu haya de encarnar en las actividades corporales ó engranar con ellas.

Las células nerviosas poseen una propiedad paralela y correspondiente á la espontaneidad del espíritu: la de poder obrar en concepto de centros «de reaccion independiente,» como dice Maudsley, sin excitacion inmediata del exterior ni del cuerpo: 1°, por efecto de una idea ó de un recuerdo que súbitamente aparece y cruza por nuestro espíritu, y determina un movimiento reflejo ó casi reflejo, ó el funcionamiento activo de gánglios, glándulas y músculos; por ejemplo, la idea de un man-

jar provoca una secrecion salival y contracciones del estómago, ó como suele decirse, llena la boca de agua; la idea, áun imaginaria, de un peligro que ha podido correr una persona querida, inunda de lágrimas los ojos; la idea de una injuria enrojece el rostro, frunce las cejas, crispa los puños; la idea ó el recuerdo de una hermosura provoca un acceso de pasion amorosa; el recuerdo de un bien perdido nos arranca un suspiro involuntario, etc.:—2°, por efecto de un movimiento libre del espíritu ó de un acuerdo deliberado, como cuando se determina uno á hacer un viaje y se pone en camino, ó á fundar una asociacion de beneficencia y redacta sus bases, ó cuando el filósofo, el poeta ó el político dan vida interiormente, por impulso directo y espontáneo del espíritu, á sus gigantescas concepciones. Tambien aquí interviene como factor principal la fantasía. El espíritu se hace íntimo de sus propios estados y mudanzas, y de las necesidades que llevan envueltas, así como de las ideas que trata de hacer efectivas en el mundo exterior, representándoselas corporalizadas en forma de lenguaje, de sonidos, de líneas y planos, de constituciones, de caractéres y personajes, etc. Y en esa misma fantasía va recibiendo en viva representacion los actos externos con que va dando realidad al plan de accion concebido interiormente, haciendo más concreta, más definida, más individual, la anterior imágen, y acaso imprimiendo impulso diferente (en fuerza ó en direccion) á la actividad.

Así se cierra el ciclo psico-físico iniciado en la direccion centrífuga. Que en él se cumplen las mismas reacciones nerviosas que en el precedente, lo acredita, entre otros hechos de experiencia diaria, el de que, á las veces, por efecto de un trabajo de meditacion profunda ó de deliberacion interior, llega ésta á revestir caractéres de enconada lucha de motivos, á punto de perder el sujeto el dominio de sí mismo y convertirse en teatro de espantosa tragedia, cuyo desenlace es á menudo una catástrofe, el suicidio ó el asesinato (§ **25**).

20. El hábito individual.—He resumido en breves términos el proceso psico-físico en sus dos formas centrípeto-

centrífuga (desde la periferia del cuerpo hasta el cerebro,—sensacion,—y desde el cerebro hasta la periferia,—movimiento) y centrífugo-centrípeta (iguales carreras en órden inverso). Esa doble conmocion del aparato neuro-psíquico rompe el equilibrio estable de la sustancia nerviosa, despierta su fuerza latente, haciéndola efectiva, causa en ella, por acciones físico-químicas no bien conocidas, una alteracion molecular tanto más profunda, cuanto más vivas han sido la impresion y el impulso, y se determina, como consecuencia de esto, en las capas corticales del cerebro, en la médula espinal y en los nervios trasmisores una disposicion especial de las células y fibras nerviosas, lo que podríamos denominar una *línea de vibracion y de reaccion*, correspondiente á la accion y á la vibracion del medio ambiente que ha provocado la impresion, y á la del hecho material con que la ha contestado el alma. Si la impresion cesa y el hecho se extingue, la sustancia nerviosa se recompone, se reintegra, como diría Herzen, se restituye á su anterior estado, recobra el equilibrio perdido, y la línea de vibracion se borra. Pero si, por el contrario, la impresion y el hecho se repiten una y otra vez, la sustancia nerviosa se acomoda con la nueva disposicion molecular, se adapta al estado de desequilibrio resultante, y la línea de vibracion se fija, causa estado. Desde este momento existe una predisposicion y una facilidad extraordinaria para aquel órden de fenómenos: la más leve impresion de ese género llega al cerebro sin tener que vencer apénas resistencia (1): la sustancia nerviosa vibra como

(1) Puede llegar á no oponerle la sustancia nerviosa ninguna resistencia, por tratarse de una impresion de tracto continuo; y entónces, la impresion no encuentra resonancia en el espíritu, no se detiene en el cerebro ni causa sensacion hasta tanto que la impresion cesa: el molinero llega á no percibir el ruido estridente que mueve la máquina cuando funciona, y se despierta, si dormia, cuando la máquina se para y el ruido cesa: los que habitan junto á una cascada, de tal modo pierden la conciencia de la sensacion que les causaba al principio el estrépito de la caida de las aguas, que llegan á sospechar si el agua ha cesado de caer, hasta que les persuade de lo contrario el sentido de la vista.

Cuando se producen simultáneamente dos impresiones de un mismo género, pero desiguales en fuerza, la linea de vibracion de la menor se incorpora y absorbe en la de la mayor, y la impresion correspondiente no se produce: v. gr., la luz del sol anulando la de un reverbero y la de las estrellas: el sonido de las campanas á vuelo ahogando la voz del campanero, etc.

ántes, pero con una excitacion menor: el alma recibe el eco de la impresion en el cerebro, y mediante el cerebro y la médula dorsal y los nervios, comunica el impulso á los músculos, casi inconscientemeate: hasta los músculos han adquirido mayor aptitud para el género de contraccion que corresponde al hecho repetido; y por consecuencia de todo esto, el acto se ejecuta como por sí mismo, casi mecánicamente. El primer hecho dió ley á los subsiguientes, y el alma no necesita ya deliberar acerca del fin ó de la necesidad manifestada en la excitacion, ni de los medios más apropiados para satisfacerla: la primera vibracion abrió surco y camino á las posteriores á través del aparato nervioso, y no necesita ya éste gastar fuerza ni tiempo en desequilibrarse y reintegrarse como al principio. El alma ha aprendido el hecho y lo dirige ya casi sin atender á él: el hecho se ha *estereotipado* materialmente en el organismo, se ha hecho habitual, y por decirlo de una vez, usando la frase consagrada por la tradicion y la sabiduría de los pueblos, se ha hecho segunda naturaleza (§ **42**).

He dicho que la «línea de vibracion y de reaccion» abraza todo el circuito psico-físico, así los nervios como los centros: ahora debo añadir que, cuando se hace desaparecer el centro cerebral correspondiente á un género determinado de actos habituales, la experiencia adquirida que se habia acumulado en él, se pierde, y las impresiones recibidas no se traducen ya en sensacion ni determinan un acto; pero como la línea de vibracion no se ha borrado con eso del nervio aferente ni de la médula, recórrela la impresion, derrámase por el cerebro, se localiza al cabo de algun tiempo en un punto de su periferia, y es como si hubiera hallado un nuevo órgano en lugar del que se extirpó: entónces el hábito reaparece gradualmente: Lewis cita el caso de un perro en quien se practicó el lavado del cerebro para despojarlo de su capa cortical: uno de los hábitos individuales ó adquiridos que el animal perdió á consecuencia de la operacion, lo fué recobrando al cabo de pocos dias. A este mismo órden de fenómenos ha de referirse el hecho de la regeneracion de ciertas funciones sensitivas que cesaron por efecto de la extirpacion de los centros corticales res-

pectivos (1): si, por ejemplo, se destruye el pliegue curvo ó *gyrus angularis* de uno de los dos hemisferios, queda ciego el ojo del lado opuesto, pero á las veinticuatro horas principia á recobrar la vista. Sin duda, la propagacion de las vibraciones del nervio aferente ó centrípeto al cerebro, abre en éste un nuevo camino á las impresiones de aquel género, y persistiendo, determina en él un punto de localizacion más apto que los demás para hacer funciones de centro reflector.

De este modo, mediante esas «líneas de vibracion,» desciende á ser en buena parte automático lo que en un principio fuera consciente y reflexivo: los movimientos voluntarios se han convertido en un automatismo secundario, segun el tecnicismo de Carpenter. Así, cuando periódicamente nos dirigimos á un lugar por un mismo camino, llega un dia en que nos encontramos en el sitio acostumbrado tan sorprendidos como si hubiésemos sido llevados á él durante un síncope, sin darnos cuenta de que hayamos formado resolucion de ir, ni de que hayamos recorrido los lugares que de aquél nos separaban, y tal vez habiendo formado intencion de ir á otra parte. El sabio que encarna en los hechos de la vida comun, practicándolos, los principios á cuyo conocimiento ha llegado por reflexion científica, los ejecuta sin razonarlos ya, sin darse cuenta del fundamento de su bondad y de su necesidad, y acaso ni siquiera de que los ejecuta: así se hace la ciencia sentido comun; así la ley se hace costumbre y segunda naturaleza. El músico que ejecuta una pieza aprendida por él después de una labor paciente y reflexiva, lo hace poco ménos que automáticamente, como si estuvieran grabadas en sus dedos las frases musicales, y los dedos fuesen movidos por un delicado artificio de

(1) Reaparicion que no se explica clara y satisfactoriamente por la llamada «ley de la sustitucion,» tan rudamente combatida por David Ferrier, en virtud de la cual, una funcion pasaria de un órgano á otro; ni ménos por una supuesta accion compensadora entre los centros homólogos de uno y otro hemisferio, ó por una acumulacion de funciones en los centros que quedan, hipótesis que Ferrier patrocina, pero que los hechos desmienten; ni, como opina Lewis, porque la funcion haya sido meramente perturbada y suspendida por efecto de la abolicion del centro cortical, y que desaparecida la pasajera perturbacion, la funcion reanude sus interrumpidas manifestaciones, lo cual envolveria la negacion de las localizaciones cerebrales, ó la ausencia de órganos ó centros especiales en el cerebro.

ruedas dentadas. Otro tanto puede decirse del telegrafista en el uso del manipulador, del escribiente que escribe al dictado, etc. El artesano, la hilandera, el tejedor, el sastre, el carpintero, etc., una vez terminado el aprendizaje de su oficio, lo ejercen tambien casi mecánicamente, como si las reglas técnicas se hubiesen hecho ley física en sus brazos y dedos. Así, el músico y el artesano, miéntras ejecutan su obra, pueden estar hablando sobre asunto extraño á ella, ó pensando en algo que embarga su mente: el sabio puede estar meditando nuevos principios miéntras practica los primeramente investigados y descubiertos. Parece como si el alma se ausentara del hecho, por ser innecesaria en él su intervencion; pero, aunque pasivamente, y como expectadora más ó ménos distraida, no deja de asistir nunca, para constituirse de nuevo momentáneamente en directora activa, cuando la accion se ha desviado de su recto camino, cuando el sujeto, pianista, lector ó artesano, se han equivocado. Así tambien, el hombre ó el animal adultos caminan sin experimentar la sensacion del equilibrio; pero si por cualquier accidente ó por distraccion llegan á perderlo, recobran instantáneamente la conciencia de esa sensacion, y ejecutan los movimientos necesarios para evitar la caida ó levantarse.

21. El hábito específico: instinto.—Cuando domina un solo género de actos, ocupando, en forma de tracto contínuo y uniforme, toda la vida, la línea de vibracion correspondiente se hace más y más connatural: trasmitida por herencia, las primeras generaciones manifiestan una propension innata y una aptitud especial para imitar ó reproducir aquellos mismos actos, y acaso una ineptitud ó incapacidad relativa para los demás: agregándose á la predisposicion ingénita la accion y experiencia individual, la huella que dejan en el aparato nervioso se hace más y más profunda, hasta que, por último, la estampacion es definitiva, y lo que al principio fuera acto consciente, y después hábito individual, se trueca en hábito específico, lo que fué una segunda naturaleza, en naturaleza

primera y coesencial. Y de igual modo que lo voluntario desciende á ser instintivo, lo instintivo, á su vez, degenera en reflejo, haciéndose más y más automático; que es lo que explica, en sentir de Delboeuf, la admirable finalidad de los movimientos reflejos. Así se han estereotipado ciertos actos ó ciertas artes en determinadas especies, y se han hecho característicos y privativos de ellas: las celdillas hexagonales de la abeja, las telas radiadas de la araña, los diques del castor, el capullo del bombix, el nido de la oropéndola, el canto del ruiseñor, la emigracion de la golondrina, el arte de nadar del pato, la esclavizacion de sus semejantes y la práctica regular de la guerra por la hormiga, las colonias de pólipos hidrarios, la asociacion espontánea del cuclillo indicador con el hombre para la recoleccion de miel silvestre, etc. Actos instintivos, casi totalmente automáticos, incrustados, por decirlo así, en los dominios de la actividad refleja, pero en los cuales, no obstante, se manifiesta la presencia del espíritu no bien varían las condiciones del medio, y tiene que efectuar el indivíduo una adaptacion especial de sus facultades innatas. De esta suerte ha podido acumularse y fijarse por seleccion y por herencia la experiencia adquirida por muchas generaciones, y hacerse mecánico lo que al principio fué libre y reflexivo. Así como el cuerpo de los animales no responde por igual, en todos los puntos de su periferia, á todo género de excitaciones, ó sea, de vibraciones del medio ambiente, sino que hay puntos en él más sensibles á unas que á otras, y precisamente á causa de esta heterogeneidad ha podido diferenciarse en órganos especiales de impresiones visuales, acústicas, olfativas, etc.,—de igual suerte, el reino animal, que es como un cuerpo mayor, compuesto de protocélulas discontínuas, se especifica, haciendo que cada especie sea órgano muy sensible para un género de excitaciones y muy hábil para un género de hechos, y refractaria é incapaz para todos los demás.

La trasmision, por generacion, de los hábitos individuales, ó mejor dicho, de las disposiciones, aptitudes y tendencias adquiridas mediante ellos, se cumple en el humano linaje lo mismo que en el reino zoológico, y es un hecho admitido por el

sentido general de los pueblos (1) y comprobado por la observacion científica. Aquel diminuto embrion de donde nace por evolucion el hombre, es una como síntesis, una como resultante de la vida y carácter de sus antepasados. Nadie duda que, en circunstancias ordinarias, se hereda el talento, la genialidad ó el carácter, la figura, y hasta la conciencia moral: adquiérese por la sangre y se respira en el hogar durante los primeros años de la vida, una predisposicion, un impulso nativo hácia el bien ó hácia el mal, en diverso grado, ó un sentimiento de indiferencia entre el bien y el mal; y así vemos que en unas familias parece haberse vinculado la ciencia, en otras el arte, en éstas la virtud, en aquellas el crímen. Viene todo hombre á la tierra dotado de un cierto grado de energía moral, de sentimiento estético, de potencia intelectual, de espíritu de justicia, de habilidad para el cultivo del derecho: el poeta nace, nace el orador, nace el sabio, nace el santo, y de igual modo nacen el criminal y el ignorante: un idiota no engendra genios, ni santos un criminal empedernido. Hoy no es lícito ya dudar que si pudieran aplicarse los procedimientos de la seleccion artificial á la especie humana, el derecho, la ciencia, y en una palabra, la humanidad, progresarían mucho más rápidamente que al presente. Es cierto que, virtualmente, la razon es igual en todos, pero se individúaliza por una multiplicidad de circunstancias que hace que no todos juzguen del mismo modo acerca de los caractéres de las relaciones humanas, ó sobre lo absoluto de tal ó cual fin, ó sobre el valor moral de los medios con relacion á él. Dos niños colocados en circunstancias idénticas, dan frutos diferentes, porque han heredado de sus padres cualidades desemejantes (§ **25**).

Porqué, pues, si existe y obra el instrumento (la trasmision hereditaria), no causa en la humanidad los mismos efectos que en el mundo animal? ¿Por qué no se perpetúan las disposiciones hereditarias, ni se trasforman los hábitos individuales,

---

(1) Como en estos adagios: De tal padre, tal hijo.—En casa del alboguero, todos son albogueros.—Cabra por viña, cual la madre tal la hija.—Lo que la Naturaleza da, nadie lo borrará.—Lo que en la leche se mama, en la mortaja sale.—Qui est boitx cuant neix, mai ne guareix; etc.

buenos ó malos, en hábitos específicos, en instintos? ¿Por qué fallece tan amenudo la ley orgánica, y el descendiente de una dinastía de sabios es acaso un idiota; y el de una dinastía de agudos y discretos políticos, un hechizado ó un demagogo; y el de un linage notado por su perversidad hereditaria, un hombre modelo de virtudes?—Multitud de causas, difíciles de reducir á sistema, contribuyen á este resultado. Apuntaré algunas:—1ª La misma *naturaleza humana*, que es por excelencia armónica: el hombre representa en el mundo de los séres inteligentes lo que en el cuerpo el sentido total corpóreo (1): papel de órgano sintético, capaz de todo género de sensaciones, apto para todo linage de actos:—2ª La *personalidad*: al revés de lo que en los animales se observa, es en el hombre mucho más poderoso el elemento personal que el específico, y su vida mucho más compleja en relaciones y más mudable en el tiempo; lo cual es causa de que alcancen en el hombre una importancia mucho mayor los hábitos individuales que los específicos: pruébalo indirectamente el hecho de que allí donde la iniciativa individual se halla ahogada por un régimen social opresor de casta ó clase, nacen estilos y conveniencias que se imponen con fuerza irresistible, que degeneran en rutina tan automática como los instintos sociales ó artísticos de ciertos animales, ó poco ménos, y que se perpetúan de una en otra generacion durante muchos siglos, pudiendo decirse de los hombres avasallados por ella lo que Huxley dice de los animales, ampliando el concepto de Descartes: son máquinas conscientes; por ejemplo, cuando los oficios son hereditarios, como en la India, ó constituyen gremios regimentados y privilegiados, como en la Europa de la Edad Media:—3ª La *educacion* progresiva, el ejemplo, la accion, ora correctiva, ora corruptora de la sociedad, que favorecen ó contrarían el desarrollo de esas inclinaciones nativas, promoviendo la creacion de hábitos conformes ú opuestos á ellas, y determinando consiguientemente en el cerebro una disposicion molecular que destruya, ó por el contrario, consolide la disposicion here-

(1) *Sensus vagus*, de Kant; sentido vital, orgánico ó interno, que dice Ribot.

dada:—4ª Los *cruzamientos* espontáneos:—5ª La accion *profiláctica* y *medicinal:* las disposiciones hereditarias no siempre se manifiestan espontáneamente: con frecuencia permanecen como dormidas en el sujeto, y sólo despiertan cuando les dá pábulo el sujeto mismo afectado de ellas con su conducta relajada, la embriaguez, ú otros vicios adquiridos, ó cuando un trabajo mental excesivo debilita la energía nerviosa, ó la exalta y la pone en convulsion.

En resúmen, puede decirse que la causa más poderosa que incesantemente estorba é interrumpe la metamórfosis de los hábitos individuales en instintos, es la reflexion, objeto del párrafo siguiente.

22. Accion inversa: la reflexion.—La reflexion se contrapone diametralmente al hábito, así en su modo de obrar como en sus resultados. Defínela Giner diciendo que es aquella «actividad de la conciencia mediante la cual cada sujeto vuelve sobre sí para recibir en su espíritu *individual* lo que en su *sér* mismo ya existe.» En razon de su destino, es el instrumento mediante el cual se trasforma la actividad instintiva, habitual y semi-automática en actividad voluntaria y plenamente consciente, la de sentido comun en artística, y acaso la reflejo-espinal en instintiva ó en otra de grado superior. Merced á ella, entramos en posesion de nosotros mismos, y afirmamos nuestra personalidad, sobreponiéndola á todo elemento específico que la herencia haya depositado en nosotros, ó que nosotros hayamos adquirido por el hábito. El problema, desde el punto de vista de la Psico-física, se reduce á borrar ó anular la línea de vibracion nerviosa que corresponda al acto inconsciente (como se dice ahora) que se trata de hacer reflexivo. Segun sea la naturaleza de éste, así obrará en una ú otra forma la reflexion:

1° Proyectando directamente su actividad intelectual, moral y afectiva, sobre la propension instintiva ó habitual, quebrantará primeramente la fuerza del acto responsivo de la excitacion, irá atrofiándola paulatinamente, y por último, impedirá del todo que estalle, determinando al par una línea de vibra-

cion voluntaria que, frecuentemente ejercitada, causará estado, se hará segunda naturaleza, y será como el órgano de una propension nueva. Aquellos movimientos instintivos (§ 17), súbitos como el rayo, que parecen totalmente independientes de la voluntad, á punto de haberlos confundido algunos con los actos reflejos, la voluntad llega á subyugarlos con el arma poderosa de la reflexion, y sobre sus ruinas se alza y resplandece el heroismo del soldado, la continencia del asceta, el respeto á la propiedad del mendigo, la abnegacion del mártir, la sangre fria del duelista ó del suicida, la presencia de espíritu del varon fuerte ó del hombre culto y experimentado en los azares de la vida.

2º Alejando durante algun tiempo el objeto que causa la impresion, ó absteniéndonos de él, el aparato neuro-psíquico se desacostumbrará de ella, y la línea de vibracion, con el desuso, se borrará, como se borra al cabo de algun tiempo una senda que no se transita. Cuando un escritor ha leido muchas veces la obra literaria que acaba de producir, queda incapacitado durante algun tiempo para proponérsela á sí propio como objeto de estudio y de crítica, y consiguientemente para corregirla: parece que la tiene estampada doquiera en la retina, en los nervios, en el cerebro, que ella y su autor son una cosa misma, que no encontrando plano de incidencia donde reflejarse, no llega á producir una sensacion bastante clara para que el alma discierna con precision las cualidades de la obra, ya objetivada: en tal estado, lo mismo que en el caso del ruido de la cascada ó del molino, lo procedente es hacer cesar la impresion durante algun tiempo, para que el aparato nervioso se restituya á su primitivo equilibrio, y calmada la vibracion automática de la sustancia nerviosa, se haga lugar la reflexion, y pueda reaparecer la obra ante su autor como algo objetivo, distinto de él, y él juzgarse á sí propio en ella. Es una de las razones que justifican el tan sabido precepto de Horacio: *nonum prematur in annum.*

3º Cuando se trata de una sensacion muy intensa ó muy habitual, que provoca de un modo casi irresistible á la accion (v. gr., el hábito de fumar tabaco ú opio, de beber licores al-

cohólicos, etc.), la voluntad no puede triunfar de una vez, sino por grados. Existe cierta repugnancia en el aparato nervioso para romper las líneas de vibracion trilladas de largo tiempo: el sujeto tiene que hacer violencia á su carácter: el espíritu tiene que luchar ahincadamente contra propensiones que han adquirido la fuerza de una ley física: la reflexion tiene que ser muy intensa y sostenida; la voluntad, muy enérgica; y los pueblos incapaces de ella suelen, por esto, rechazar las innovaciones, si el legislador no está adornado de muy exquisito arte para escalonar las reformas; y por igual razon, suele hacerse ineficaz la enmienda de un indivíduo que de buena fé la intenta, si el hábito vicioso no es atacado por grados, debilitándolo, atrofiándolo lentamente, en la forma que insinúa Bacon.

4º La reflexion es tambien la escala por donde se asciende desde la actividad de sentido comun á la artística. Ya recordarémos que el principal distintivo de una y otra se resume en esto: la actividad artística es sistemática, plena, y por tanto cierta de su verdad: la vulgar ó comun es insistemática, deficiente, y—áun en el caso de ser verdadera,—incierta. En ésta, la percepcion del objeto es ménos clara; la union del sujeto con él, ménos íntima; y por esto, no lo domina, lo ve tan sólo en uno ú otro de sus aspectos, pasándole desapercibidos los demás, ó bien los atiende todos, pero inorgánicamente, por haber alterado el órden de los factores que constituyen su trama interior, ú observa el órden jerárquico y orgánico de esos factores, pero equivoca la proporcion y la naturaleza de los medios aplicados á cada uno: introduce, en suma, un elemento subjetivo, que perturba en más ó en ménos la accion de las leyes objetivas fundadas en la naturaleza esencial del fin que se trata de cumplir. Así es que en el hecho se observa siempre que falta ó que sobra algo, que es una traduccion, sí, del objeto factible, pero traduccion parcial, relativa, deformada por elementos inconexos, ó por una falsa posicion de su esencia; que el objeto ha quedado intacto en una ó en otra relacion; que no hay proporcionalidad ni equilibrio entre las partes, ni subordinacion de todas ellas á la unidad del objeto; que hay

unidad, sí, pero sustancial tan sólo, invisible, latente, amorfa, no traducida al exterior, ni eficaz para producir conviccion plena y absoluta. Ahora bien: la reflexion ejerce una doble funcion:—1° Con respecto á las obras ó productos del sentido comun, la actividad reflexiva los sublima, reelaborándolos, purificándolos, condensándolos, y los eleva á categoría de obras artísticas: el saber de sentido comun se hace ciencia; la costumbre jurídica, ley y código; la leyenda popular, poema; la vaga creencia, teogonía.—2° Respecto del agente mismo, la reflexion exalta su personalidad individual y eleva sus facultades á un grado superior de potencia: reflexionando, se apodera el indivíduo del ideal que lleva dentro de sí, y mediante él, se educa á sí propio y se redime de las imperfecciones que como sujeto finito histórico lleva adheridas: atraviesa las fronteras de la vida comun, y se erige en legislador y jefe de pueblos, ó en profeta, órgano divino del sentimiento religioso, ó en científico, intérprete vivo de la razon, ó en poeta, sublime condensador de la belleza que resplandece en la naturaleza y en la historia. Sin ese puente de la reflexion, jamás saldríamos del estado comun de conocer, de sentir ó de obrar: viviríamos perpétuamente en un estado precientífico de conocimiento, en un estado rapsódico de arte, consuetudinario de derecho, y legendario ó mítico-religioso.

No me atrevo á decidir si existen grados rudimentarios, y para nosotros imperceptibles, de reflexion, que alcancen á trasformar la actividad refleja en actividad instintiva ó en otra forma superior. Pudiera traer á la memoria el ejemplo de algunos indivíduos que lograron subordinar á su voluntad, entre otros, los movimientos de dilatacion y de contraccion del corazon; pudiera hacer valer los distintos efectos que causa la extirpacion de los centros motores cerebrales en los animales adultos y en los reciennacidos; pudiera teorizar, fundándome en razones de analogía, y acogiéndome á la filosofía hartmaniana de lo inconsciente y demás hipótesis concordantes; pero sería aventurado en el estado actual de la ciencia cuanto dijera, y vale más una abstencion prudente que una conclusion incierta é insegura.

23. El progreso por la reflexion y por el hábito.—Basta con esto para que se comprenda cómo la actividad desciende, mediante el hábito, de artística á comun é instintiva, y acaso á refleja, ganando en grados de automatismo; y cómo, por el contrario, asciende, mediante la reflexion, desde instintiva y habitual á comun y artística, ganando en grados de libertad. Hay, pues, accion y reaccion de uno sobre otro extremo, contínua, incesante; y á esta felicísima combinacion de dos acciones contrapuestas, se debe el progreso en la humanidad. Piensan unos que el Espíritu pasa del estado de inconsciencia al de conciencia, y progresa desde lo específico á lo individual, desde el instinto hácia la reflexion y el arte: opinan otros, con Delboeuf, por el extremo opuesto, que se va de lo consciente á lo inconsciente, que la inteligencia progresa hácia el instinto y el automatismo, y no viceversa. Tanto los unos como los otros están en lo cierto en lo que afirman, pero no tienen razon en lo que niegan. El progreso se cumple en esa doble direccion. Lo que el instinto adivina y el sentido comun traduce en sus hechos, la reflexion científica lo depura, lo sublima y lo sanciona con el sello de su autoridad, ennobleciendo y haciendo más racional, más humana la vida. Lo que la reflexion científica descubre, el hábito lo imprime en el organismo, lo mecaniza en el uso comun, haciendo ménos penosa, más fácil la vida, y dejando en libertad al pensamiento para que se dedique á procurar nuevos progresos. El hábito hace del hombre una especie de fonógrafo ó de libro abierto, compendio de toda la historia, en cuyas páginas va fijando y estereotipando sus adelantos y perfeccionamientos: la reflexion es como la fuerza evolutiva que impide que el libro se cierre, que los tipos se inmovilicen, que las costumbres se hagan rutina é instinto, y al propio tiempo, la fuerza plástica que realiza sin cesar nuevas conquistas, descubre nuevos horizontes, y entrega nuevos y cada vez más perfectos materiales al hábito y al sentido comun, para que enriquezcan con ellos nuevas páginas del libro eternamente perfectible de la vida humana (§ **43**).

24. Actividades particulares que concurren á la produccion del hecho: conocimiento: sentimiento: voluntad del derecho.—Hemos estudiado la actividad informadora del hecho jurídico unitariamente, como actividad contínua, homogénea. Pero el análisis descubre en ella variedad de procesos y de funciones; encuentra que su accion se manifiesta en diversos momentos, que en cada uno de ellos obra de un modo diferente, y que la sensacion resultante, ya proceda de impresion exterior ó de estímulo interior, afecta diversamente al sujeto, determinando en él un conocimiento del objeto, ó una pasion hácia él, ó las dos cosas á un mismo tiempo en grado igual ó desigual. Existe, pues, una verdadera diferenciacion interior de la actividad jurídica en funciones ó procesos, correspondientes á las diversas modalidades en que se despliega la conciencia.

La simple relacion de presencia del objeto (ideal ó sensible, sustancia ó energía) en el sujeto, constituye el modo de intimacion ó de conciencia que denominamos *conocimiento*: relacion de distincion y de sustantividad, en que el conocedor se hace conscio del objeto cognoscible, permaneciendo como enfrente de él, y de él independiente.—El otro modo de intimacion de los objetos es el *sentimiento*, en que la relacion desaparece por confusion de sujeto y objeto en un término único, por una como absorcion total de uno en otro, que incapacita al primero para distinguirse del segundo. La actividad, en cuanto conscientemente se dirige á hacernos presente la realidad cognoscible, se denomina **pensar**: en cuanto se dirige á hacernos amable esa misma realidad y á convertirla en esencia nuestra, se dice **sentir**. El conocimiento y el sentimiento son condiciones prévias de una tercera funcion de la actividad, síntesis y resultante de ellas, el **querer**, por cuyo ministerio el sujeto se hace conscio de la realidad en cuanto factible, como algo potencial conocido ya y amado, que debemos realizar: á esa relacion de finalidad en que nos proponemos obrar en determinada direccion para conseguir determinado objeto, la denominamos *voluntad*. Por todos estos procesos ha de pasar necesariamente la actividad, para llevar á

cumplido efecto el hecho jurídico: todos esos tres modos de la conciencia han de entrar en juego para responder á la sensacion con un hecho plenamente racional. No basta el simple conocimiento para mover la voluntad, pues á veces conocemos la necesidad de obrar y la bondad de la obra relativamente á alguno de nuestros fines, pero nos falta amor é interés hácia ella, y nos dejamos vencer á las solicitaciones de la pereza; ni es suficiente el mero sentimiento, pues á menudo sentimos ardiente inclinacion por un objeto, pero ignoramos las relaciones en que está constituido, y no puede recaer sobre él una resolucion concreta y definida; ni bastan tampoco para la accion el conocimiento y el sentimiento, pues á las veces nos hallamos dueños de la presencia del objeto factible y nos penetramos de él, pero nos falta decision y energía llegado el momento del obrar. Al hombre ilustrado, pero inmoral, sírvele la instruccion para sustraerse á la accion de la ley penal y conculcar impunemente el derecho: el hombre virtuoso, que siente y ama el bien, pero carece de arte y de prudencia para realizarlo, comete con la mejor intencion las mayores injusticias, y en sus manos se arruinan los más sagrados intereses que le están confiados. Una sophocracia, un gobierno de sábios sin virtud, atestados de excelentes planes políticos, pero sin ánimo de ejecutarlos, sería tan desastroso como una asamblea de santos, llenos de buena voluntad, prestos al sacrificio, pero extraños al arte de gobernar é incapaces de guiar al pueblo por los derroteros del progreso. — En realidad, en todo acto jurídico concurren siempre juntas las tres actividades, el conocimiento, el sentimiento y la voluntad, por el carácter de unidad y de simplicidad de la conciencia, de la cual son estados y determinaciones; pero no siempre concurren guardando su debido lugar y en ordenada proporcion: á las veces, se mantienen en desequilibrio, predominando, ora la una, ora la otra, y dando ocasion á tantos y tantos hechos imperfectos ó deficientes que no logran el fin á que iban encaminados, sino de un modo parcial y relativo.

Ahora, como el hecho supone un fin, un medio y una relacion entre el fin y el medio, cada una de aquellas tres acti-

vidades particulares habrá de recaer distintamente sobre cada uno de esos tres elementos capitales del hecho; y así, el conocimiento será conocimiento del fin, conocimiento de los medios, y conocimiento del modo práctico de apropiar éstos á aquél; y de igual suerte, no bastará querer el hecho en general, sino con voluntad concreta, determinada en razon del fin, de los medios y de la union de medios y fin. Otro tanto ha de decirse del sentimiento. Que no es accidental y de poco momento esta exigencia de razon, se comprueba con la experiencia de todos los dias: así como, á las veces, precede, aunque vago, el sentimiento de una necesidad al conocimiento claro de la misma, y otras veces se anticipa ésta á aquél, siendo una como condicion preliminar para su manifestacion, de igual suerte, dentro de cada uno de ellos, se observa que no siempre precede el conocimiento del fin al conocimiento del medio, sino que con frecuencia la oferta del medio se adelanta al pedido de la necesidad; que, en más de una ocasion, conocidos el fin y los medios, el sentimiento ama aquel y repugna estos; que la voluntad, y consiguientemente el obrar, se contrapone muchas veces al conocimiento, y áun al sentimiento; etc., etc.

El primer requisito para producir un hecho jurídico, es que se tenga un conocimiento claro de la necesidad, para que en vista de ella y de todo el conjunto de condiciones que la caracterizan y distinguen de las demás, pueda combinarse el sistema de medios con que ha de ser satisfecha; y no así como quiera, un conocimiento general de ella, como en unidad, sino determinado y concreto de sus partes: es preciso estar en ella y en su contenido, discernirla en la múltiple variedad de elementos que la constituyen, y tener experiencia clara y definida de todos y de cada uno. Sin esto, la traza del hecho proyectado será una idealidad abstracta, un esquema metafísico, en manera alguna el plan vivo, real, de un hecho. Así, por ejemplo, sucede con alguna frecuencia que grupos de emigrantes alemanes conciertan un pacto constitucional, ántes ya de salir de la madre patria; pero como está trazado sin conocimiento de las condiciones naturales del país que van á poblar en Amé-

rica, no bien se han instalado en él, comprenden que tal pacto es inadaptable á las necesidades que sienten y á los medios con que cuentan para subvenir á ellas, y se ven obligados á alterar los términos en que está concebido, ó á sustituirlo por otro. Lo mismo exactamente ha de decirse respecto de los medios. Cuanto más perfecto sea el conocimiento de ellos, de su existencia, de su naturaleza, de su uso, tanto más fácil, completa y oportuna será la satisfaccion de la necesidad, y por tanto, la produccion del hecho; así, el comerciante, que hace de la contratacion el oficio de toda su vida, encuentra más fácilmente que el que no lo es, caminos para desembarazarse de las trabas que le opone la ley comun, y crearse un derecho de excepcion; así, tambien, el abogado que ha penetrado las interioridades de la legislacion y conoce la relacion que une entre sí sus diferentes miembros, los puntos vulnerables que descubre, las combinaciones de que es susceptible y los recursos que en ella pueden arbitrarse para rehuir ó ladear determinado precepto, posee una aptitud especial para enseñar á aquellos que sienten necesidades nuevas el medio de satisfacerlas mediante hechos contra ley ó fuera de ley, iniciando una costumbre jurídica. Los mismos jurisconsultos, por su mayor conocimiento teórico de los medios jurídicos, y por su mayor experiencia de los conflictos ocurridos en la práctica, ejercen un influjo decisivo en la produccion de los hechos de derecho internacional, y por tanto, en la formacion del derecho positivo mismo, el cual se determina por hechos en reglas consuetudinarias: citaré en comprobacion, y como ejemplar característico, los principios que regulan la extradicion (1).

Pero el hecho no se obra con sólo conocimiento: com os raios da lua, nao madurecem as uvas, dice en una bellísima metáfora el pueblo portugués. Todos conocemos la injusticia de la esclavitud, todos la abominamos como una monstruosidad.

---

(1) La falta de conocimiento constituye la *ignorancia;* su oscurecimiento por una idea falsa, el *error* respecto del fin ó de los medios ó de la relacion entre el derecho absoluto y el acto que ha de ejecutarse. La ignorancia da lugar á omisiones: el error á actos equivocados, contrarios á las prescripciones del derecho. Por esto alcanzan, así aquella como éste, considerable importancia en la ciencia del derecho y en la legislacion.

todos admitimos la urgencia de su abolicion; pero los daños infinitos que acarrea no están á nuestra vista, el grito de dolor de la humanidad, exhalado por boca del esclavo, no viene á herir nuestros oidos y á despertar en nosotros el dormido sentimiento; y la esclavitud sigue uno y otro año, una y otra generacion, afrentando á la humanidad y conculcando impíamente el derecho: tambien la América del Norte era abolicionista en el pensamiento, pero fué menester que *La cabaña de Tom* hiciese saltar la chispa de la indignacion y del horror, inflamase el alma de la muchedumbre y la apasionase por aquella idea que ántes iluminaba ya las conciencias, pero con una luz pálida y fria, semejante á la de la luna. Cuando el sentimiento de la justicia no se despierta espontáneamente, una impresion fuerte puede provocar instantáneamente la reaccion, y el incendio se comunica, como por un reguero de pólvora, á todo el espíritu, y la fuerza que el conocimiento más claro no lograba sacar del estado de tension, se convierte al punto en fuerza viva. Así, la inícua sentencia de Appio Claudio y la muerte de Virginia, llevaron al pueblo romano al Aventino, y el odiado decemvirato se desplomó, falto de base, y sobre sus ruinas se levantó potente el tribunado; así, tambien, el cruel trato de Papirio contra Publicio, constituido en esclavitud por deudas de su padre, promovió una rebelion de la plebe, que á duras penas podia ya soportar el violento é irritante despotismo del patriciado, y el *nexum* ó prendacion corporal contra los insolventes quedó abolido para siempre.—Un recto sentimiento de la necesidad, junto con un conocimiento defectuoso de los medios, ó con un estado anormal y violento que los mantenga sustraidos á la libre accion del agente, puede provocar la realizacion de un hecho por medios malos é injustos: así, por ejemplo, en tiempo del imperio romano, los naturales de las provincias compraban por oro la ciudadanía, sobornando á los magistrados del órden inferior: en tiempo de la monarquía absoluta, las ciudades adquirian por compra, de los reyes y emperadores, el derecho de elegir sus magistrados municipales. Otras veces, el efecto es otro: sustituir un hecho imperfecto á otro imperfecto tambien, por haber sido falsamente interpreta-

da la necesidad sentida, ó tal vez confundida con otra de naturaleza ó de grado diferente:—así, por ejemplo, en estos últimos tiempos ha venido á comprenderse en todo Europa que el sistema de sufragio que se usaba ántes era imperfectísimo, perjudicial, y por todo extremo injusto, y como reaccion natural contra semejante estado de cosas, la opinion de todas las naciones se ha ido pronunciando á favor del llamado sufragio universal; pero por un defecto de conocimiento, tanto racional como de experiencia, ha planteado un sufragio individualista y abstracto, no ménos injusto y dañoso que aquel á quien ha venido á reemplazar.

He dicho que, amenudo, se debe á la presencia del medio el que el sujeto se haga íntimo de un fin que ántes le era desconocido, que ese fin revista forma de necesidad, y tal vez que esa necesidad cobre las proporciones de una pasion avasalladora é irresistible. Nótase esto en grande escala cuando un pueblo de cultura primitiva y rudimentaria se pone en contacto con otro más adelantado, por ejemplo, en la antigüedad, los cartagineses y romanos con los celtas de la Península ibérica, los españoles con los americanos hace algunos siglos, los europeos con los japoneses desde hace pocos años. Ese contacto, que despliega ante la asombrada vista del pueblo infante multitud de objetos, de inventos y de nociones de que no tenía la más remota idea, despierta en él necesidades nuevas, que no tardan en traducirse en hechos jurídicos diferentes de aquellos á que venia acostumbrado, y las instituciones sociales, que caminan siempre parejas con todo el conjunto de condiciones en que vive la sociedad, cediendo al influjo de estas importaciones, de buen ó de mal grado, y de un modo más ó ménos rápido, más ó ménos visible, se modifican radicalmente, ó se atrofian por grados hasta su total extincion. Aun en los actos de la vida corporal se observa esta misma correspondencia: así, por ejemplo, cuando el cuerpo há menester alimentarse, pero por cualquier causa, fisiológica ó espiritual, se distrae de ese fin y no siente esa necesidad, la presencia de un manjar, ó su olor, y áun el simple recuerdo de él, despierta, por un movimiento reflejo, la excitacion en forma de secrecion sali-

val y de contracciones del estómago. Bien expresa nuestro pueblo el influjo de la presencia del medio en la produccion del hecho, cuando dice: la ocasion hace al ladron: ojos que no ven, corazon que no siente: ó como decia el pueblo romano; *ignoti nulla cupido.*

Lo mismo que el conocimiento y que el sentimiento, la voluntad ha de ser concreta y determinada para cada uno de los factores del hecho, y sostenida en todos los momentos de su génesis: faltando alguna de las voliciones particulares de que se compone todo acto de voluntad, ó desmayando ésta en cualquiera de los momentos del proceso informativo del hecho, el hecho no se cumple, ó se cumple de un modo imperfecto, irregular y deficiente. No estará demás recordar que, si bien el acto de voluntad es una consecuencia de aquellos dos momentos prévios que hemos denominado conocimiento y sentimiento, no es una consecuencia indeclinable y necesaria, ántes bien, con frecuencia se contrapone á ellos y resiste sus inspiraciones ó sus preceptos. La sabiduría popular, en multitud de sentencias, lo ha proclamado constantemente, haciendo depender del hecho final el valor y la significacion de los momentos particulares de la actividad que lo informa, y notando la relacion causal recíproca de unos y otros, y la irracional oposicion que á veces se establece entre ellos: do se rigen por sola aficion, fallecen el juicio y la razon: quien hace lo que quiere, no hace lo que debe: poca ciencia y mucha conciencia: todos quereriamos ser bons e alcançamoslo os menos: el ininfierno está empedrado de buenas intenciones, el cielo de buenas obras: *intus Nero, foris Cato*: la cruz en el pecho, el diablo en los hechos: de Dios hablar y del mundo obrar: ante la puerta del rezador no pongas tu trigo al sol; etc.: todavía, al cabo de diez y nueve siglos, viene repitiendo la humanidad la sentencia del poeta latino: *video meliora, proboque, deteriora sequor*; y proclama muy alto que la ciencia no es un lujo, ni un adorno, ni un pasatiempo, sino un medio de la vida, en cuyos hechos debe hacerse práctica: quien lea, dice un adagio portugués, lea para saber; quien sepa, sepa para obrar. En parecidos términos habia formulado esta conclusion el ora-

dor romano: el conocimiento de la verdad y el buen consejo deben conducir á una accion sábia, y por esto, vale más obrar bien que discurrir cuerdamente (1).

Dicho se está que siendo el querer jurídico una potencia, una actividad, ó un modo de la actividad de los séres libres, cuyo destino es hacer efectivo en hechos ó estados temporales esa propiedad, esa esencia de nuestro sér que denominamos derecho, no puede ser causa productora del derecho, ni servirle de fundamento, ni darle ley: ántes bien, debe recibirla de ese su objeto, sopena de proceder á ciegas é incurrir en arbitrariedades que perturben el órden jurídico. Definida queda ya la naturaleza del derecho: en ella tienen su raíz las leyes objetivas á que debe subordinar su accion el agente del hecho jurídico. No cabe dentro de los límites de este libro entrar en el análisis de un error moderno, que hace del hábito fuente caudalosa, si tal vez no la única, de derecho; séame lícito tan sólo recordar que el hábito no pasa de ser una forma particular de la actividad, ó un poder de trasformacion de ella, y es de razon que no pueda ostentar poderes de que ésta carece.

25. Dominio del sujeto sobre esas actividades, posesion de sí mismo, salud del sistema nervioso.—Todavía no basta, para que el hecho obtenga cumplido efecto, que el sujeto lo conozca, lo quiera y lo decida: es menester, además, que sea dueño de sí mismo, que ejerza pleno imperio sobre su actividad como sujeto. A esta exigencia del hecho pueden oponerse: 1° causas exteriores libres, por ejemplo, la coaccion moral: 2° causas interiores físicas, v. gr., una neuropatía.

Siendo la actividad jurídica actividad racional, una de sus propiedades esenciales será la libertad, esto es, la determinacion *espontánea* del agente del hecho en razon de un bien por él conocido y querido. Existe un género de influjo directo sobre la voluntad, á que se da el nombre de *coaccion moral.* El valor y sentido de la coaccion se determina por el fin que la

(1) «Etenim cognitionem prudentiamque considerata actio: ita fit, ut agere considerate pluris sit quam cogitare prudenter.» (*De Offic.*, lib. I, § 45).

guía. El cual puede ser doble: primero, servir al derecho; segundo, violarlo.—Sucede lo primero, cuando se compele á un incapaz para que no se desvie de las condiciones de la justicia ni rebase los límites que ésta impone al autor de hechos jurídicos, v. gr., el tutor respecto de un menor de edad, el dictador respecto de un pueblo que, por vicisitudes de su historia, se ha incapacitado para regir por sí temporalmente su vida política ó administrativa. En idéntico caso se encuentra la coaccion empleada en la negociacion de un tratado por el cual se hace cesar la cautividad de una persona ó la ocupacion de un territorio conquistado (1).—Sucede lo segundo cuando el autor de la coaccion se propone compeler á un capaz ó á un incapaz, por el temor de un mal futuro ó inmediato, á que ejecute actos contrarios al derecho, ó para que se abstenga de ejecutar actos legítimos y debidos. En el primer caso, la coaccion favorece la libertad racional, supliendo la falta de discernimiento: en el segundo, la contraría interrumpiendo su ejercicio. La voluntad sana, moralmente cohibida por cualquier género de violencia ó intimidacion, se asemeja á la actividad refleja, y áun á la actividad vegetal, puesto que destruye, y si no destruye, mengua, en aquella relacion, la espontaneidad del espíritu en que está fundado el derecho, determinando su accion por impulsos ajenos ó contrarios á ella: en tal estado, los hechos que produzca no serán hechos jurídicos, diga lo que quiera en contrario Savigni (2), ni por tanto, las costumbres á que tales hechos den lugar. Un ejemplo. Contra lo prescrito terminantemente por una ley (69, tít. 18, Part. III), se introdujo en Galicia una costumbre altamente opresora, que obligaba á

---

(1) «Sin embargo, el tratado que tiene por fin hacer cesar un estado de opresion ó de violencia legal, no adolece de vicio alguno, como, por ejemplo, aquel cuyos efectos son poner término á una cautividad ó conseguir la evacuacion de un territorio conquistado (Heffter, § 85 y los autores que cita).» «La coaccion no vicia el tratado cuando es anterior á su conclusion, y se propone en él dar la libertad á un negociador que está cautivo, ó libertar un Estado que ha sido conquistado (Vergé, notas á Martens, I, § 50; vid. Wheaton, t. I, y autoridades allí citadas).»

(2) Segun Savigny, la violencia no excluye la libertad de los que son sus víctimas, ni se opone á la eficacia natural de las manifestaciones de la voluntad: no pierden la facultad de eleccion; pueden, á pesar de la violencia compulsiva, ejecutar el acto debido, y no el que trata de imponérseles, aceptando al efecto, si preciso es, el daño con que se les amenaza. Pero si la violencia en sí no excluye la li-

los enfiteutas á pagar un cánon exorbitante que crecia de siglo en siglo: el contrato se habia celebrado por tiempo de tres generaciones: las comunidades eclesiásticas y los poderosos señores de aquel país, abusando de su posicion, amenazaban á los foreros ó enfiteutas con desposeerles de aquellas tierras, que habian trasformado con su sudor y el sudor de sus antepasados, de anegadizas charcas y estériles páramos en verjeles, viñas ó praderías, y poseidos de este temor, consentian en aumentar la pension y añadirle un cánon desproporcionado con el valor primitivo del suelo acensuado: pasadas otras tres generaciones, nueva renovacion del contrato y nuevo aumento en los gravámenes, hasta convertir esta institucion, por tantos títulos beneficiosa, en feudo opresor y en afrentosa servidumbre, y á los foreros en mendigos, que arrastraban una vida semejante á la de los bestias (1). Ahora bien, una costumbre en que tan gran parte tuvo la violencia, pertenece al género de las viciosas é injustas, que son una trasgresion del derecho, y que el poder público no debe respetar.—Lo que se dice del derecho individual, tiene cabal aplicacion al derecho de la sociedad, sin excluir el internacional: por esto, los publicistas ponen por condicion, para que un tratado público sea válido, el libre consentimiento de las dos partes, y entienden que es nulo é írrito siempre que haya intervenido presion ó amenaza en grado suficiente para poner en peligro sério la existencia ó la independencia de un Estado, ó la vida, la salud, el honor ó la libertad de un soberano ó de sus representantes oficiales.

Por otra parte, manifestándose la actividad jurídica de los séres racionales finitos mediante un órgano corporal, el sistema nervioso central ó neuro-psíquico, otra de las condiciones esenciales para que un hecho de derecho se realice, será la integridad y la normalidad de este delicado aparato. Una afeccion nerviosa provoca necesariamente un cambio, que puede

---

bertad, está, sin embargo, en contradiccion directa con el fin del derecho, que consiste en asegurar á toda persona la independencia de sus determinaciones. La violencia entraña, con grave detrimento del derecho, una inmoralidad, que pide represion (*Sistema del Derecho romano actual*, § 114).

(1) Castro, *De las leyes y sus intérpretes*, t. I, lib. II, disc. VI, p. 124 y ss.

llegar á ser radical, en las manifestaciones de la conciencia, ya turbando y oscureciendo la inteligencia, ó pervirtiendo el sentimiento, obliterando el sentido moral, ó apagando y extinguiendo el instinto de conservacion, la disciplina social y todo respeto humano. Pero no es á este género de neuropatías á las que entiendo referirme en el presente párrafo, sino á aquel otro género de *manía instintiva ó sin delirio*, en que el sujeto parece que conserva íntegra su facultad de pensar, de sentir, de querer, no descubriendo en ninguna ocasion signos de enajenacion mental, y sin embargo, se siente impulsado en determinada direccion, contraria á la de su voluntad, por una especie de coaccion interior, comparable en sus efectos á la exterior. Tal, por ejemplo, la propension irresistible al robo, al incendio, al suicidio, al homicidio, etc., en que el sujeto conoce el mal que comete, y quiere no cometerlo, y lo deplora, y lo condena, y tal vez se hace atar las manos para reprimir, siquiera en sus efectos, esa fuerza impulsiva interior que en momentos no le es dado dominar. Se conoce una «manía suicida,» cuyas víctimas, sin perder nada de la lucidez de su inteligencia ni de la pureza de su sentido moral, se sienten poseidas de una obsesion que les impulsa á atentar casi automáticamente contra su propia vida, sin que sean parte á impedirlo las propias ó las ajenas reflexiones, la conciencia del deber, el amor de la familia, el espíritu religioso ni el temor del infierno. Parece como si esa idea sombría se hubiera adherido á la médula espinal y estampádose en los nervios con toda la fuerza de un movimiento reflejo, y que hecho aquel centro nervioso impermeable para toda resolucion de la voluntad contraria á la del suicidio, pusiera en incomunicacion el alma con el cuerpo y el mundo exterior. Existe otra «monomanía homicida,» en que el paciente no da tampoco indicios de que su entendimiento ó su voluntad se hallen afectados por ningun género de dolencia ó de enajenacion, y sin embargo, se siente arrastrado por una especie de misterioso agente difundido por todo su cuerpo, á matar á alguien, acaso á la persona á quien más tiernamente ama y por quien daria gustoso la vida, sin que á ello le induzca agravio alguno, sin que se

proponga ningun fin, sin que le posea el furor ó la pasion, ni le contenga el temor de la muerte: diríase una idea enfermiza diluida por todo su sér, como el vapor en la atmósfera, y que saturados de ella los centros nerviosos, cerraban el paso á toda otra impulsion que del espíritu partiese para contrarestar esa ciega tendencia, hasta que consumado el acto, queda libre de aquella especie de posesion demoniaca, y recobra el dominio de sí mismo.

Este género de afecciones neuropáticas, que tan gran interés merece despertar entre los cultivadores del derecho, tiene, además de esa manifestacion psíquica, otras puramente corporales,—la epilepsia principalmente,—unidas por vínculos tan estrechos, que más de una vez la afeccion se traslada de los centros nerviosos del movimiento á los centros nerviosos del espíritu; que, á menudo, una enfermedad nerviosa, causada á veces por hechos externos, ocasiona una degradacion moral en el sujeto, y se traduce en actos que acusan una gran perversidad; que la manía homicida es frecuentemente la explosion de una epilepsia larvada ó de una neurosis epiléptica latente; que entre unas y otras, las espirituales y las corporales, existen gradaciones y transiciones diversísimas; que, á las veces, la convulsion epiléptica se trasforma en manía instintiva, y áun en locura furiosa, y vice-versa; que, como en el acceso epiléptico, el ataque de impulsion homicida va precedido de aquella sensacion interna denominada «aura epiléptica,» que permite al enfermo avisar á las personas presentes que van á ser sus víctimas, para que se pongan fuera de su alcance.

Supuesta esta relacion entre las afecciones del sistema neuro-psíquico y las del ganglionar, se comprende la trasmision de ciertas propensiones criminales, como en la relacion inversa, de ciertas excelencias y aptitudes espirituales (§ **21**). Que se trasmiten por generacion las dolencias del cuerpo, está universalmente admitido; que existe relacion de continuidad entre las afecciones del sistema nervioso ganglionar ó del movimiento y la locura, la ausencia del sentido moral y el crímen, es verdad acreditada por la experiencia: nada, pues, más natural y lógico que la trasmision hereditaria de las afeccio-

nes del espíritu que nacen de un desarreglo más ó ménos profundo del sistema neuro-psíquico: el hijo á quien se comunica con la vida un estado neuropático, recibe juntamente una fuerte predisposicion para el género de manifestaciones psíquicas que bajo el influjo de tal estado se producian.

Debe cuidarse, por supuesto, de no exagerar tanto estas influencias, que vaya á negarse la espontaneidad y la sustantividad al espíritu, que valdría tanto como negar el espíritu mismo, y llegar al extremo de no ver nunca en el hombre disoluto ó en el delincuente sino un desdichado presa de una neurosis vesánica ó epiléptica, y en el crímen ó en el vicio no más que una consecuencia fatal de la herencia. Nótese, en primer lugar, que las predisposiciones hereditarias no siempre se manifiestan: con frecuencia permanecen como dormidas en el sujeto de derecho, y sólo despiertan por la libre accion, casi siempre culpable, del sujeto mismo afectado de ellas (§ **21**). En segundo lugar, el ejemplo y la educacion pueden favorecer ó contrariar el desarrollo de esas inclinaciones nativas, creando hábitos conformes ú opuestos á ellas, y determinando consiguientemente en el cerebro una disposicion molecular que destruya, ó por el contrario, consolide la disposicion heredada (*pre-disposicion*). Que es una de las causas por virtud de las cuales no se trasforman, segun vimos, en instintos específicos los hábitos de los hombres, al revés de lo que se observa en el reino animal.

Recordemos aquí, de pasada, una indicacion hecha en otro lugar acerca de los graves inconvenientes que llevan consigo las asambleas muy numerosas. Parece que en ellas es muy frecuente la epilepsia, orígen del expresivo nombre que le dieron en la antigüedad, *morbus comitialis*; que, en tales reuniones, el desórden del sistema nervioso se comunica con facilidad suma de unos á otros, y que esta circunstancia contribuye poderosamente á exaltar las pasiones y nublar la razon de aquella muchedumbre compacta, y á incapacitarla para sostener los debates con elevacion y serenidad y adoptar resoluciones acertadas (1).

(1) Vid. Brougham, *ob. cit.*, cap. XI.

CAPITULO III.

INFORMACION DEL DERECHO POR LA ACTIVIDAD.

A.—*Realizacion ó produccion interior del hecho: Plan.*

Conocido el Derecho (*cap.* I) y la Actividad que lo informa (*cap* II), podemos analizar el proceso de la informacion, ó sea, la produccion efectiva del Hecho jurídico, la cual abraza dos distintos ciclos reflejo y traduccion el uno del otro: primero, *composicion o plan*, realizacion interior del hecho, en el mundo intermedio de la fantasía: segundo, encarnacion del plan en el mundo exterior sensible, ó *ejecucion* efectiva del hecho. En órden de razon y de tiempo, la realizacion interior precede á la exterior.

En ella hay que distinguir: 1° Tránsito del fin potencial á necesidad, mediante un estímulo ó excitacion: 2° Funciones ó momentos particulares de la realizacion: propósito ó proposicion: deliberacion ó discusion: resolucion ó plan: comunicacion del propósito ó del plan á otros individuos.

26. Necesidad del hecho: géneros de fines: tránsito del fin potencial á necesidad.—Hemos dicho que el fin supremo de todo sér es vivificar su esencia, esto es, hacerla efectiva, encarnarla en el tiempo, darle un cuerpo en la realidad sensible, traducirla en los hechos, hacerla temporal (§ **1**). Pero la esencia humana es obra

de dos factores, ó mejor, la componen dos esencias, opuestas entre sí, pero íntimamente unidas: una, que apellidamos *espíritu*, caracterizado por la espontaneidad y la sustantividad, otra que denominamos *cuerpo*, cuyo principal y más propio distintivo es la falta de propia determinacion, la dependencia necesaria en que vive respecto de la Naturaleza. Supone esto dos órdenes fundamentales de finalidad, ó lo que es igual, de bondad—(ya que «bien» es la concordancia entre un fin racional y su realizacion):—*psíquica* ó espiritual, y corporal ó *física*. Y como cada una de aquellas esencias es de por sí una unidad compuesta, un organismo de esencias particulares, de propiedades ó de órganos, de facultades ó de actividades, etc., tambien cada uno de estos órdenes de finalidad ó de bondad se compondrá de un sistema de fines ó bienes particulares, los cuales, en cuanto su realizacion dependa de la libre condicionalidad, serán todos jurídicos. La alimentacion y vestido del cuerpo, su defensa contra los peligros exteriores, su educacion y mejoramiento, la curacion de sus dolencias y su preservacion, su reproduccion, etc., constituyen otros tantos fines abrazados en el primer grupo. El cultivo del espíritu en todas las propiedades que lo constituyen, en su propiedad de conocer, en su propiedad de sentir, en su cualidad de sér religioso, de sér moral, etc., su comunicacion con otros espíritus, con el cuerpo y con la Naturaleza, su correccion, y otros semejantes, son los bienes ó fines comprendidos en el segundo grupo. A ellos se agrega un tercer órden de finalidad, que se refiere al hombre en su unidad como sér de inmediata union de espíritu con cuerpo, y á la personalidad social, constitucion y vida de la familia, del municipio, de la provincia, de la nacion, de la parroquia, de la diócesis, arzobispado, etc., de la escuela, instituto, universidad, academia, asociacion cooperativa, gremio, banco, sociedad anónima, de socorros mútuos, etc., etc.

Los *fines* permanecen en estado de potencialidad é indiferencia miéntras no toman la forma de *necesidades*. Cuando una excitacion exterior ó interior los despierta, el equilibrio del sujeto se ha roto; de indiferente, se ha hecho inestable; el fin no permanece ya, como ántes, inactivo; se ha trocado en



vivo acicate que con más ó ménos apremio solicita la atencion del sujeto, ántes distraido, y lo estimula á obrar: el sujeto siente un apetito, un anhelo, un deseo, una tendencia impulsiva, primeramente vaga é indefinida, algun tanto más determinada después, y por último, plenamente conscia y sometida de todo en todo al imperio de la voluntad. Obra á modo de un vacío que pugna por llenarse, y cuya presion causa una sensacion dolorosa, más ó ménos intensa, segun la naturaleza de la necesidad y el grado de su desarrollo. La satisfaccion de aquella necesidad lleva consigo el restablecimiento de ese equilibrio, una fuerza en tension que se convierte en fuerza viva, produciendo un efecto, una realizacion de esencia, una expansion del sér, una creacion de algo, otro bien más en posesion, y consiguientemente, una sensacion agradable, una satisfaccion interior, un placer. La obsesion desaparece por una como descarga de fuerza sobrante y perturbadora. Cuando los norte-americanos se internaban en las vírgenes selvas del Nuevo-Mundo, adelantando gradualmente la línea de cortijos, fábricas y poblaciones, precedíales de una jornada la abeja, que al par de ellos entraba en posesion del nuevo continente; por el contrario, la ortiga ha seguido siempre al hombre y rodeado su habitacion, siquiera se haya elevado á altitudes tan considerables como la del Falhourn, en el límite de las nieves perpétuas. Esta misma posicion ocupa el hombre frente á frente de la necesidad: la miel de los puros y legítimos goces en esperanza le precede para estimularle, y la urente y corrosiva ortiga del dolor le sigue para aguijonear y espolear su actividad, si por acaso desmaya ó no le es bastante incentivo la satisfaccion interna que delante se le está brindando. El deber, reflexivamente conocido, es el elemento moderador y regulador de la actividad, y tal vez se subroga en lugar del estímulo cuando falta éste.

Puesto que hay fines de naturaleza espiritual y fines de naturaleza física, los estímulos que provocan el tránsito del fin potencial á necesidad serán tambien de dos maneras, y obrarán en una doble direccion: psico-física y físico-psíquica. Cuáles son esos estímulos ó excitantes, y cómo obran, lo he indi-

cado ya en otro lugar (§ **19**). Allí hemos visto cómo la modificacion causada en el cuerpo por el objeto, estado ó energía natural estimulante, determina una impresion, la cual es trasmitida por los nervios sensitivos al cerebro, para trasformarse allí en sensacion: el alma interpreta y define los datos que en la sensacion se le ofrecen, se hace conscia del fenómeno que ha producido la excitacion y del estado del cuerpo que en ella se determina ó manifiesta, y se da cuenta de la necesidad que tal estado representa: entónces principia el hecho jurídico interior: el fin potencial ha pasado á ser fin actual ó necesidad.

27. Propósito ó proposicion: concepcion elemental y unitaria del plan.—Los séres de derecho ejecutan sus actos en vista de un fin, ó lo que es igual, para satisfacer una necesidad. Lo primero, por tanto, es que el fin se haga presente al sujeto, que el sujeto sienta la necesidad, que es decir, las solicitaciones del fin. Acabamos de ver cómo se cumple este fenómeno, cómo se produce la sensacion, cómo el alma se da cuenta, mediante ella, del estado del cuerpo ó del espíritu que en la excitacion se declara, originándose la percepcion sensible. El alma *se propone* ese fin de que acaba de hacerse conscia como término inmediato de su actividad: se dispone á cumplirlo. A causa de la homogeneidad sustancial existente entre fines y medios, y de la consiguiente asociacion en que se presentan aquellos y estos al entendimiento, el sujeto entrevé el conjunto total de elementos que constituyen el hecho, no bien ha sentido su necesidad; y por un movimiento casi involuntario, ó más bien irreflexivo, del espíritu, bosqueja en la fantasía un primer plan ó diseño, correspondiente á la imágen del fin, hecho ya sensible, que la propia fantasía le ofrece. Así como la impresion provoca repentinamente la sensacion, de igual modo la reaccion del espíritu contra la sensacion se traduce instantáneamente en un plan embrionario, elemental, y por decirlo así, instintivo. Pero tambien, así como para adquirir conocimiento del fenómeno que ha motivado la impresion, há menester el espíritu descomponer la trama compleja de la sensacion, analizar y discernir los datos sensi-

bles que van implicados en ella, mediante la aplicacion de ideas ó nociones preexistentes en la razon, anteriores á toda experiencia, de igual modo le es forzoso reelaborar aquel primer plan ó diseño del hecho con que ha de contestar la sensacion y satisfacer la necesidad, repensarlo, volver sobre él, desplegar los términos ó factores que lo constituyen, y formar voluntad acerca de cada uno de ellos. Es el segundo momento de la realizacion interior.

Supone, como se ve, este segundo momento, la reflexion por parte del sujeto, y por consiguiente, será propio tan sólo de la actividad artística ó de la de sentido comun: en los actos instintivos, no hay distincion de momentos: ese primer proyecto que se dibuja casi inconsciente y automáticamente en la fantasía, es el definitivo, y con arreglo á él se ejecuta el hecho. Más aún: hay casos en que el plan y el hecho coinciden en un mismo instante del tiempo, en que la accion exterior sigue inmediatamente á la impresion, sin más intervalo que la fraccion de segundo necesaria para que la excitacion determine la impresion, la trasmitan los nervios al cerebro, y comuniquen á los músculos, por órden del espíritu, el impulso á ella correspondiente. Existiendo una dilatada série de grados, desde el ínfimo de la actividad instintiva al supremo de la actividad artística, y siendo categorías relativas en cierto límite lo reflexivo y lo instintivo, es fácil comprender: 1º que entre la proposicion y la resolucion no media un espacio constante y fijo, sino variable, á partir de un límite cero, en el cual coinciden, componiendo un solo momento: cuanto más racional, cuanto más artística sea la actividad, tanto más delicada, intensa y detenida será la deliberacion que separa el plan preliminar del definitivo: 2º que existe cierta relatividad entre la proposicion y la resolucion, pudiendo trasformarse el plan de la primera en el de la segunda, y viceversa: el proyecto de ley presentado á un Congreso, es resolucion respecto del indivíduo que lo ha redactado, y proposicion respecto de los demás: el acuerdo tomado después de maduro debate, llega á trasformarse por virtud del hábito en plan instintivo, que hace innecesaria la reflexion para ser puesto por obra.

28. Deliberacion ó discusion, y resolucion ó plan.—Tiene este segundo momento un doble fin: 1° desarrollar aquel plan embrionario que sigue inmediatamente al conocimiento de la necesidad y constituye el contenido del propósito: 2° cerciorarse de su bondad, y rectificarlo en aquello que resulte no corresponder á la ley objetiva del fin que va envuelto en él.—Cuanto á lo primero, será bien recordar que todo fin ú objeto factible es una unidad compuesta, un organismo de partes, de factores, de relaciones: por esto, no puede ser condicionado en una forma cualquiera, sino sistemáticamente, segun la forma y disposicion interior del objeto, no poniendo los medios de una vez, sino parte por parte, segun la naturaleza y segun la posicion relativa de cada una en el organismo del todo á que pertenecen (§ **17**). Esta distincion analítica sólo se alcanza mediante la reflexion, y por tanto, en un segundo momento ó funcion de la actividad. En lo primero (propósito), el objeto es visto de una vez, en unidad indistinta: el plan es oscuro é incierto, como fruto de un primer movimiento del ánimo, de una como espontánea anticipacion, en que no se han cumplido todas las condiciones de la actividad espiritual. En este segundo momento, la actividad del espíritu se duplica, se hace regresiva, somete á juicio ese primer plan, educe su contenido, desdoblándolo en tantos miembros fundamentales como deje descubrir el fin ú objeto factible, señala el género de condiciones y la proporcion de ellas que á cada uno corresponde, el instante en que deben ser prestadas, y el modo de la prestacion: desciende luégo al pormenor, repitiendo eso mismo respecto de cada una de las partes en que aquellas fundamentales se subdividen, y por este órden da término á la elaboracion del plan.

La actividad vegetal no titubea ni vacila, suministra á cada fin el medio que há menester, en la proporcion debida, en el instante más oportuno, sin que jamás se equivoque, porque entre ella y la actividad general de la Naturaleza existe perfecta contiguidad, y su accion depende de leyes físicas á cuyo ciego impulso ciegamente tiene que obedecer. Pero la actividad espiritual no es ciega ni recibe el impulso de estraño agen-

te: la causalidad que determina los actos del Espíritu reside en él mismo: le es forzoso descubrir la ley objetiva del fin que va á cumplir, para regirse por ella; tiene que escoger los medios que le son apropiados, calcular la proporcion, fijar el instante, discurrir el procedimiento: necesita elegir entre varios caminos que se abren á su paso, adoptar una de las varias soluciones que aparentemente responden por igual á los términos del problema, ejecutar, entre los varios hechos posibles, el que mejor se adapte á la naturaleza del fin y á las condiciones del medio en cuyo seno ha de producirse. Y hé aquí el orígen del mal moral en la vida. El albedrío; por una parte, y la limitacion ó finitud de nuestro sér, por otra, son causa de que pueda el sujeto equivocarse en aquel primer plan ó diseño del hecho, que pueda desviarse en él del camino que conduce en derechura al fin propuesto, erigir en centro de relaciones del objeto uno de sus aspectos parciales, subordinándole los demás, ó tal vez desatendiéndolos, apropiar al fin medios heterogéneos. La deliberacion, pues, no tiene por único fin desarrollar la proposicion, sino, además, revisarla, rectificar aquel plan preliminar ó anteproyecto. Por esto descubre un carácter eminentemente crítico. Conocido es de todos el curso que llevan los debates en las Asambleas legislativas, la discusion del proyecto en su totalidad, la discusion por artículos, las enmiendas presentadas á estos, cómo el autor de aquél las acepta ó desecha, razonando su decision, la proposicion de nuevos artículos, los turnos ó las rectificaciones, etc.: pues este mismo procedimiento observa el sujeto individual cuando delibera consigo mismo acerca de una relacion jurídica que ha formado propósito de contraer. A la vista su anteproyecto, somete á detenido exámen las circunstancias especiales que concurren en el hecho ó estado de que se trata, investiga el principio de razon que á tal estado corresponde, y la forma positiva ó histórica que este principio absoluto debe revestir en presencia de aquel hecho, y por uno y otro estudio viene en conocimiento de las modificaciones que el primer plan debe experimentar. Otro tanto hace con esta segunda y con las demás que se van sucediendo, hasta haber adquirido pleno con-

vencimiento de que existe perfecta concordancia entre el plan y la ley eterna que abraza el género de relaciones á que se contrae la de que se trata. De este modo se desarrolla la deliberacion como una série graduada de planes ó propósitos, cada uno de los cuales va siendo más artístico, ganando en grados de racionalidad.

El último de todos, aquel que se adopta como definitivo y se traduce en el hecho exterior, es el que por antonomasia solemos denominar *plan*, y tambien *resolucion*. Un tipo perfecto de este género de resoluciones tenemos en las sentencias de los tribunales modernos, divididas en tres partes: exposicion de hechos (resultandos), disposiciones de derecho que les son aplicables (considerandos), y relacion entre estas disposiciones y aquellos hechos (fallo).

No siempre el hecho jurídico es primero y original: lo más comun es que el agente se guie por el modelo de un hecho del mismo órden ejecutado por otro sujeto, ó bien, por una regla legal ó consuetudinaria, donde están ordenados y previstos los elementos todos del hecho: la naturaleza de los medios, su proporcion, el lugar, tiempo y modo en que deben ser apropiados al fin ó á la necesidad, las circunstancias que deben concurrir en la ejecucion, etc. Dos cosas son de notar en este caso: 1ª, que el agente tiene que asimilarse el hecho típico ó la regla positiva, practicando una verdadera interpretacion de ella, para resolver si debe ó no cumplirla, y en caso afirmativo, de qué modo: 2ª, que el proceso reflexivo de la deliberacion se reduce considerablemente, llegando en ocasiones, por causa del hábito, á anularse casi en totalidad, y en todo caso, muda de objetivo, siéndolo ántes el derecho eterno, y ahora el hecho ó la regla positiva. La asimilacion de la regla tiene por objeto despertar en la conciencia la conviccion de su verdad, tanto de su verdad absoluta como de su verdad relativa en aquel punto; penetrarse de sus términos, en correspondencia con los términos de la relacion jurídica que por ella ha de ser regulada, reconstruyendo al efecto con el pensamiento el proceso entero en virtud del cual se produjo el hecho consuetudinario, ó el conjunto de operaciones que prepararon la promul-

gacion de la ley. Proyectada una representacion del hecho típico ó de la regla escrita ó consuetudinaria en la fantasía, el espíritu se hace conscio de ella, evoca el pensamiento que presidió á su formacion ó ejecucion, descomponiéndola en sus elementos constitutivos, gramatical, histórico y lógico ó sistemático, saca de ellas una suma mayor ó menor de enseñanzas aplicables á su peculiar situacion, y decide en su virtud: 1º imitar aquel hecho ó cumplir esta regla genérica, trazando al efecto un plan ó regla individual, que es la apropiacion de la primera al caso dado; 2º ó por el contrario, abstenerse de ella en todo ó en parte, y discurrir el modo de eludirla, si es obligatoria, ó de sustituirla por otra propia suya, que, con el tiempo, y mediante la aceptacion de los demás, pueda hacerse regla general á su vez. A esto último puede resolverse el sujeto porque la ley no corresponda á su situacion actual, ó porque sea injusta en toda relacion. Una interpretacion recta de la ley debe desechar todo elemento negativo que otra interpretacion equivocada de un principio racional de derecho haya introducido. Todos sabemos que el mal jurídico no tiene raíz ni existencia sustancial en la realidad, sino que nace de la interpretacion que de ella hace nuestro entendimiento: como dijo muy atinadamente Ciceron, «si, *quomodo est natura, sic judicio*, homines humani (ut ait poeta) nihil a se alienum putarent, coleretur jus æque ab omnibus;» y más esplícitamente Tiberghien: «lo mismo el hombre virtuoso que el malvado, buscan el bien, pero el uno lo busca en la satisfaccion del yo, el otro en la satisfaccion de la ley natural; el uno subordina el interés al deber, el otro el deber al interés: es un *defecto de juicio* que irá desapareciendo á medida que la conciencia se ilustre, que el entendimiento se desarrolle, que la voluntad se perfeccione, por el progreso de la educacion y la instruccion (1).» Y no teniendo realidad sustancial el mal, siendo un puro accidente de la vida, no es fatal y necesaria su existencia: nace de un error de interpretacion, tiene por fundamento una limitacion accidental del entendimiento: es posible, no esencial.—¡Y sólo porque es posible, una escuela filosó-

(1) Cic., *De legib.*, I, 12; Tibergh., *Ciencia del alma.*

fica precipita la conclusion y dice: toda posibilidad ha de realizarse: el mal es tan esencial como el bien, porque de otro modo, habria una posibilidad sin actualizacion, lo cual es absurdo: el criminal y el vicioso desempeñan funciones tan necesarias en la sociedad como el justo y el santo, porque para que el castigo sea una realidad, ha de precederle el delito! ¡Y sólo porque el mal ha sido una realidad permanente en la historia hasta el presente dia, si bien en un decrecimiento progresivo, una escuela religiosa declara nuestra naturaleza viciada en su raíz y para siempre, y el pecado un mal de que no puede rescatarse el hombre sin un milagro del cielo, y la miseria una institucion de derecho divino, y el delito una de nuestras fundamentales características, que hace del verdugo el supremo rector de la vida humana! Por fortuna para la humanidad, el sentido comun la salva de estas monstruosas idealidades, y alentada por las revelaciones espontáneas de la verdad objetiva á su razon, combate animosamente el mal, y lo vence, y sigue incesantemente progresando.

En el curso de esta deliberacion, no se olvida nunca el sujeto de tomar en cuenta los precedentes prácticos: cómo interpretó y ejecutó tal vecino, deudo ó conocido la regla positiva; ó si falta regla, cómo se condujeron, cómo obraron los demás en aquella relacion que á él le preocupa: y cuando la relacion sea originaria, cuando nadie ántes que él haya sentido su necesidad ó la haya abordado resueltamente, todavía procura ampararse en razones de analogía ó en hechos semejantes. Rara vez se aventura el sentido comun por nuevos derroteros, sin buscar un asidero en la realidad sensible: tan ingénito es en nosotros el instinto del precedente. Por lo demás, fácil es concebir cómo desde el hecho primero que encabeza una costumbre ó una interpretacion usual, se verifica una verdadera degradacion ó disminucion gradual del trabajo reflexivo, y cómo, por tanto, va perdiendo en importancia la deliberacion á medida que el hecho ó la interpretacion se va haciendo más y más habitual (§ **42**). El máximum corresponde á los iniciadores: los que les siguen se limitan de ordinario á imitarles, completando, si acaso, ó rectificando el hecho con algunos deta-

lles: últimamente, hasta los detalles dejan de ser movibles, y el hecho viene á ser un como troquel ó pauta mecánica para los subsiguientes. La primera viuda romana que se propuso sériamente burlar la vigilancia del tutor legítimo ó testamentario, hubo de asimilarse una buena parte del derecho privado, penetrarse á fondo del sistema en que estaban engranados unos con otros los diversos miembros de la legislacion, idear cómo podria sostenerse dentro de él una venta fingida, y proyectar un tutor fiduciario que, más que tutor, fuese pupilo suyo, todo lo cual supone un estudio detenido y una deliberacion madura y delicada; pero una vez cumplido el hecho, y visto que prosperaba, las demás viudas lo tomaron por modelo, se habituaron á él é hicieron caer en desuso la legislacion vigente sobre la materia. Otro ejemplo. Para evitar el desenfreno de las costumbres, ó restituirlas á su primitivo estado de pureza, se propuso Caton cerrar á las mujeres la mina de la testamentifaccion, de donde sacaban oro en abundancia con que sostener su lujo enervador: con este fin, hizo que se dictara la ley Voconia, prohibiendo instituir herederas á las mujeres, y limitando la suma que se les podia dejar en concepto de legatarias. Para eludir esta ley, inventóse el fideicomiso, manera indirecta de instituir á la persona que la ley incapacitaba para ser instituida directamente; y si bien tales actos no tenian fuerza de obligar, era mal mirado en la sociedad el fideicomisario que preferia observar la ley Voconia á cumplir la voluntad del testador, y hasta los pretores lo reprobaban. El primero que testó en este sentido, hubo de asimilarse primeramente la ley Voconia, interpretar su significado, penetrando los propósitos y la intencion del legislador, sentir repugnancia hácia ella, arbitrar un medio en consonancia con la conciencia de su tiempo, á fin de lograr, á pesar del precepto legal, los fines que se proponia: la sociedad vió retratado su pensamiento en ese primer hecho, y lo aceptó como regla general de conducta, y lo impuso por medio de una sancion moral á aquellos que optaban todavía por obedecer la ley, la cual vino de este modo á quedar desusada; y así, el primer hecho, sin más deliberacion, hízose costumbre, y no mucho tiempo despues, ley.

No siempre la deliberacion se desliza serena, pausada y regular, como un trabajo ordinario de reflexion: á las veces reviste caractéres de enconada lucha de motivos; los planes, en vez de concatenarse, de ser una como evolucion los unos de los otros y dejarse franco el paso, se contraponen y batallan: la combustion de la sustancia nerviosa toma las proporciones de un incendio; la cabeza parece que va á estallar: no logrando el sujeto, en medio de la desencadenada tempestad, imponerse á las circunstancias, pierde el dominio de sí mismo, y se convierte en teatro de espantosa trajedia, cuyo desenlace es amenudo una catástrofe, el suicidio ó el asesinato. ¡Cuántas de estas trajedias íntimas se ocultan debajo de cada uno de esos hechos que la prensa registra diariamente, y que el público devora con más curiosidad que pena, como si la preocupacion constante de la vida y la lucha por la existencia hubiesen encallecido á todos el corazon! ¡Qué espantosa batalla de afectos la del menestral pundonoroso y honrado á quien arruinó una crísis, asediado por el hambre, herido en lo más vivo con los padecimientos de sus hijos, solo en medio de la sociedad indiferente á su desgracia, desesperado ante la perspectiva de tener que mendigar una limosna en la vía pública, juguete de mil encontrados afectos, víctima de un concurso de circunstancias imprevistas,—que encuentra preferible á toda otra resolucion, para sustraerse á la miseria y evitar las humillaciones que su pasion agiganta, darse la muerte juntamente con los hijos á quienes idolatra! ¡Qué trajedia la de la madre que por temor de la infamacion mata al recien nacido, ó que tal vez por librarse del mal trato de un marido brutal se suicida, y por no dejar á sus hijos en el abandono, los sepulta consigo en una atmósfera de carbono asfixiante! ¡Qué trajedias aquellas que tantas veces nos han representado los poetas, tomadas de la vida real, personificadas en Otelo, en Hamlet, en Laertes, en el padre de Emilia Galotti, en Valjean, en Lorenzo, y en tantos otros!

Y hé aquí cómo no están en razon directa de la reflexion ó del tiempo á ella consagrado, los resultados obtenidos: no me refiero al mayor ó menor grado de talento, de instruccion ó de

honradez del sujeto, ni á sus predisposiciones hereditarias, sino al estado de tension de sus facultades anímicas, y al grado de desequilibrio de su sistema nervioso. En la reñida lucha de motivos en que á las veces se empeña la razon cuando delibera, llega un instante en que la conmocion de los centros nerviosos es tan violenta, que el funcionamiento regular de aquellas facultades del espíritu se hace totalmente imposible, y el esfuerzo de la reflexion, en vez de aquietarla, la irrita más y más: es la madeja tanto más enredada, cuanto más empeño se pone en descubrirle el cabo. Cuando tal estado sobreviene, y áun ántes de que sobrevenga, conviene suspender la reflexion durante algun tiempo, y demorar la adopcion de un acuerdo definitivo. A causa de nuestra limitacion, la *intermitencia* de la reflexion es, en ocasiones, no ménos esencial que la reflexion misma, en este segundo momento de la realizacion interior del hecho. El sistema nervioso se fatiga y debilita, á consecuencia de las repetidas descargas de fuerza viva que lleva consigo todo debate interior, y necesita, lo mismo que los órganos del sentido, lo mismo que los músculos, entregarse á un descanso reparador (1). Cierto que no permanece inactivo miéntras descansa: así como va recobrando el perdido equilibrio, el caos de impresiones accesorias que turbaban la percepcion de las sensaciones principales, se desvanece, miéntras que estas se calman, se ordenan, se asocian y conciertan entre sí en un conjunto armónico: las líneas de vibracion correspondientes á las primeras, se borran: las correspondientes á las segundas, moderan su agitado movimiento y se sujetan á un ritmo más sosegado: el cerebro se ha repuesto de aquel agotamiento de fuerzas, el espíritu se ha reintegrado, y la idea de que la reflexion no acertaba á apoderarse, nos aparece clara y diáfana después del reposo, y cuando no, dispuesta á ceder en un segundo ó tercer período de la reflexion. De dos modos

(1) Una impresion demasiado intensa y sostenida puede ocasionar una descomposicion tal de la sustancia nerviosa, que no le sea posible recobrar el equilibrio normal, y su poder de reaccion se destruya total ó parcialmente, quedando paralizado el órgano correspondiente á aquel género de impresion, ó tal vez, si afecta á alguno de los centros afectivos ó intelectivos, produciendo la locura.

se logra este resultado: 1°, dirigiendo la actividad á un objeto distinto de aquél que nos preocupaba: 2°, interrumpiendo del todo su ejercicio por medio del sueño. Mudando de objetivo la inteligencia, la actividad no suspende su accion, pero obra en regiones distintas del cerebro, y miéntras estas funcionan, cesan en su trabajo y se recomponen aquellas que acaban de actuar: el alma se sirve de un centro ú órgano distinto en el cerebro, de un grupo de células que ántes habia estado en reposo (1). El sueño produce esos mismos efectos, pero más intensamente, porque el alma cesa de atender á sí misma y de recibir nuevas impresiones del exterior: el sujeto deja de ser consciente en toda relacion, y la reintegracion del aparato neuro-psíquico es total: parece como si, miéntras dormimos, se efectuase una sedimentacion de relaciones accesorias y una cristalizacion de ideas primordiales que, al despertar, se presentan á nuestro espíritu como una creacion nueva, debida á un agente misterioso que residiese dentro de nosotros. Por esto dice el pueblo con muy buen sentido, en un adagio: «Dormireis sobre ello y tomareis acuerdo.»

La deliberacion termina en el punto mismo en que se adopta una resolucion definitiva; la cual, por tanto, no constituye una funcion ó un momento especial en ese tránsito activo de la voluntad general á voluntad concreta y singular, sino más bien el último plan de la série en que consiste la deliberacion. El tiempo que ha de invertirse en deliberar, es relativo á la naturaleza del asunto y al grado de aptitud de cada sujeto para con él. Una regla de la sabiduría popular, hija de la experiencia, aconseja deliberar sin precipitacion y corregir una y otra vez el plan primeramente concebido, reservando la presteza para la ejecucion. «Despacio piensa y obra aprisa.—

(1) Asi permiten sospecharlo, además del hecho tan sabido de que el cambio de ocupacion produce alivio ó descanso al espíritu cuando se siente fatigado, las investigaciones practicadas durante la última década sobre la localizacion de las funciones psíquicas en el cerebro, como, por ejemplo, la afasia, y consiguientemente el lenguaje, en la circunvolucion llamada de Broca, las sensaciones del tacto en la del Hipocampo, las funciones motrices en derredor del surco de Rolando, y á este tenor otras varias funciones en otros varios lugares de la capa cortical del cerebro.

Quien de presto se determina, despacio se arrepiente.—Pensando mucho y corrigiendo más, buena tu obra la sacarás.—Miéntras el discreto piensa, el loco hace la hacienda.—Lo que hace el loco á la derrería, hace el sábio á la primería.—Buena es la tardanza que hace la carrera segura.—Quien bien ata, bien desata; quien bien devana, bien teje, etc.»

29. Comunicacion del propósito ó del plan á otros individuos.—Cuando el hecho es puramente individual, cuando su ejecucion depende de una persona sola,—una vez concebido y resuelto por ella el plan, nada más tiene que hacer sino imprimir el movimiento debido á sus músculos, á fin de realizar los actos necesarios para que el hecho intencional proyectado interiormente pase á ser hecho efectivo, encarnado en el mundo exterior. Pero cuando el hecho ha de ser obra de una actividad compuesta de dos ó más actividades individuales, el propósito ó el plan del iniciador ha de buscar su complemento en una funcion nueva, que es una como reproduccion de todos los momentos que acabo de describir: la comunicacion, el debate y el comun acuerdo. Distingamos los dos casos más ordinarios:—1º La convencion sinalagmática:—2º Las resoluciones de la opinion pública.

Para la perfeccion de una convencion sinalagmática, ó para la resolucion de un hecho por dos ó más personas, se requiere: 1º, que la persona que ha concebido el plan, desarrollado ya ó todavía en estado embrionario, lo comunique á aquellas otras cuyo concurso, por la índole del hecho, es necesario: 2º, que estas personas deliberen interiormente consigo mismas acerca del hecho propuesto, y formen juicio de su necesidad y de sus términos: 3º, que deliberen todas en comun, exponiendo sus respectivos dictámenes individuales, haciendo valer cada cual las razones que, á juicio suyo, favorecen el primitivo proyecto, ó el nuevamente propuesto, presentando enmiendas ó poniendo objeciones á las presentadas, fusionando ó conciliando unos con otros los diversos planes que se entrechocan en el curso del debate, ó por el contrario, reduciéndolos, procurando hacer prevalecer su conviccion personal, ó al revés,

venciéndose á la opinion sustentada por la otra parte: 4°, últimamente, que convengan en un plan comun: la voluntad conserva su carácter individual hasta el momento en que los unos declaran su asentimiento á lo que proponen ó aceptan los otros. Tal sucede, por ejemplo, en el contrato de compra-venta, en el de comision, de arrendamiento, de préstamo, de sociedad, etcétera. Tiene en la práctica extraordinaria importancia fijar el instante del tiempo en que queda establecido el acuerdo entre las voluntades individuales, sobre todo cuando la comunicacion se hace por cartas ó por mandatario: el autor de una proposicion puede retirarla hasta el instante en que le sea conocida la aceptacion de la otra parte: el autor de la aceptacion puede igualmente retractarse de ella hasta el momento en que la aceptacion llegue á noticia del que la propuso, dejando de ser eficaz el asentimiento si, después de expedida la carta, por ejemplo, pero ántes de llegar á su destino, expide otra nueva revocando su acuerdo. Dicho se está que tanto la proposicion como la deliberacion y la aceptacion, pueden revestir cuantas formas naturales ha creado la historia para poner en comunicacion unos con otros espíritus, principalmente la palabra hablada (directamente, ó por medio de mandatario ó nuncio), la palabra escrita, los signos telegráficos, etc. El estudio de la validez de estas diversas formas de comunicacion tiene una importancia capital, señaladamente en derecho mercantil: esa validez depende en buena parte de la costumbre y de la libre apreciacion de las partes y de los jueces.

Vengamos al caso de la voluntad social. La sociedad, dijimos, es un organismo compuesto, cuyos elementos componentes no dependen del todo social en toda relacion, sino que son ya de por sí todos completos, y realizan por esto una vida propia distinta de la de los demás, y aunque engranada con ella, no siempre con ella paralela y congruente. La vida de las colectividades, aunque respecto de sí propias, consideradas como todos orgánicos, ostenta como primer atributo la unidad,—con respecto á las individualidades elementales que la componen, es irregular y desigual por todo extremo. No obra en todos un mismo grado de energía, y por esto se desarrollan más ó ántes

unos que otros, y tal individualidad se adelanta á la multitud, así en concebir un ideal, como en sentir el aguijon de la necesidad que ese ideal trae consigo, y en querer que se traduzca en hechos. Como dice Cantú, «el sano juicio particular precede siempre largo trecho al comun, y trascurre mucho tiempo ántes de que las Academias, las Comisiones, los Gobiernos, sepan tanto como un hombre.» Sócrates tenía más razon que el pueblo que lo condenó á beber la cicuta: Graco veia más claro que la insensata plebe, bien pronto arrepentida, que le dió muerte: Alfonso X era más previsor que el pueblo que le exigió las tasas: Colon sabía más que los Gobiernos que lo calificaron de loco; y Galileo más que los sabios de su siglo, que lo condenaron por impío.—Así, pues, cuando los hechos han de ser obra de todos ó del mayor número, aquel indivíduo ó aquella minoría en quien primeramente se ha encendido la luz del ideal, lo anuncia á la sociedad, lo hace presente á su pensamiento, procura despertar en ella la conciencia de su necesidad, que hasta entónces él solo ha sentido, é inspirarle la conviccion del plan que ha proyectado para satisfacerla. Por este medio, viene á constituirse ese indivíduo en órgano de la sociedad; y no se habrá echado en olvido que estos órganos pueden ser oficiales y adventicios (§ 14). Suponen los primeros una aptitud y una sensibilidad especial para anticiparse á las necesidades de la vida pública, por lo mismo que hacen de ellas objetivo preferente de su atencion y de su estudio, y fuente especial de responsabilidad para sí propios. Así, por ejemplo, cuando los *select-men*, funcionarios ejecutivos del municipio norte-americano, conciben un pensamiento nuevo que consideran beneficioso para la ciudad, ó proyectan introducir alguna mudanza en el régimen de algun servicio público, convocan al Cuerpo electoral, *town meeting*, hácenle ver la necesidad pública que han advertido, y las medidas que, á su juicio, conviene adoptar para satisfacerla, ó el progreso realizado en tal ó cual órden de la vida, y que conviene atender ó introducir en la ciudad; razonan el plan, las reglas y el presupuesto que, en opinion suya, son menester para lograr el fin propuesto; y la Asamblea popular decide acerca del conjunto del pen-

samiento y sobre cada uno de sus extremos y detalles. En idéntico caso se encuentran hoy, con respecto á las Cámaras legislativas, los Ministros, órganos especiales de proposicion de leyes, al par que ejecutores de ellas.

La importancia de los órganos adventicios crece en razon directa de la libertad que disfruta la sociedad, y del respeto que los poderes guardan á la opinion: en razon inversa del génio ó del talento político desplegado en el Gobierno por sus representantes oficiales. En ninguna parte se hace esto tan patente como en el derecho de gentes, donde la influencia de los tratadistas en la resolucion de los conflictos jurídico-internacionales es tan poderosa, ó en Roma, señaladamente en el período de la República, donde los jurisconsultos que asesoraban al pretor, unas veces encauzando la opinion, otras veces anticipándose á ella, pesaron tanto como la accion irreflexiva del pueblo en el progreso y desarrollo del derecho civil. En otro respecto, el tipo histórico más característico de este género de órganos de proposicion, es el de los *agitadores* del Reino Unido, cuya abnegacion, cuyos esfuerzos, cuya valiente é intencionada propaganda, tanto han contribuido al triunfo de las ideas de justicia y al progreso de la vida política moderna. Su ministerio tiene algo del ministerio de los profetas bíblicos y de los apóstoles del Evangelio: hácense encarnacion viva de una idea, y á ella consagran su existencia, hasta tanto que logran con la agitacion incesante que le imprimen y el calor que infunde su entusiasmo, romper el hielo de la indiferencia pública, penetrar en la conciencia de la multitud, quebrantar el antiguo ideal, suscitar enemigos á la práctica por injusta y dañosa combatida, congregar una mayoría de prosélitos en torno de su bandera: la utopia de un indivíduo se ha hecho opinion social, ha salvado el valladar más temible, ha arrollado los obstáculos interiores que le oponia la sociedad, y no tardará en vencer los exteriores que le opone el poder oficial: la opinion conquista el Parlamento, se hace ley, y el hecho se cumple. Recuérdese á Wilberforce, el apóstol de los esclavos, el titan vencedor de la trata de negros; á Cobden, el infatigable propagandista de la libertad económica, á cuyos golpes de

ariete cayeron los privilegios de los propietarios terratenientes, y se abrieron las puertas del reino á los cereales extranjeros; á O'Conell, el profeta armado de la libertad política y religiosa de los irlandeses, el triunfador de la intolerancia protestante; á Parnell, que en estos mismos momentos tiene empeñada ruda batalla, que durará años, pero cuyo éxito no es dudoso, con la última forma que ha revestido la servidumbre en Irlanda, con la servidumbre del colonato, y que no cejará en su empeño hasta que Irlanda sea de los irlandeses; á Odger, el adalid del socialismo stuartmillano, cuyo ideal es convertir á los colonos en propietarios, haciendo al Estado dueño del suelo por medio del impuesto, para que lo venda luégo por un módico precio á los actuales arrendatarios; á Plimsoll, el patrocinador de los marinos contra las infames asechanzas de los armadores, escudados por una falsa libertad que hacia permanecer impasibles á los poderes en presencia de los abusos más horribles.

Esas personalidades jigantes son, relativamente, raras: lo general es que el indivíduo obre en esfera más modesta y de un modo ménos ostensible, héroe anónimo, cuyo nombre oscurece el título de una liga ó de una asociacion, ó se pierde tras el título de un periódico. Son las dos formas más ordinarias por las cuales se comunican hoy los indivíduos unos á otros sus planes y propósitos: las *asociaciones*, ligas ó congresos, y la *prensa periódica*, correspondientes á la comunicacion oral y escrita, que como formas fundamentales hemos visto que intervienen en los preliminares del convenio sinalagmático.

En su primera edad, la prensa giraba en una órbita muy reducida, y su eficacia no podia ser lo inmediata y activa que es en nuestro tiempo: heredaba las tradiciones de la Edad Media é imitaba sus procedimientos, el pasquin y la rapsodia juglaresca. Antonio Perez habia discurrido un plan para salir de la cárcel de la Inquisicion y acogerse á la de los Manifestados, donde no estaba admitida la prueba del tormento; mas para llevarlo á cabo, érale menester el concurso del pueblo de Zaragoza, y para acalorarlo en favor de su causa, valíase de escritos que de cuando en cuando lanzaba desde su prision, y

que en alas de la imprenta y en manos de los juglares callejeros, se difundian entre los labradores y menestrales, y concitaban á ira sus ánimos, hasta estallar violenta y amenazadora, intimidar al Santo Oficio, y hacerle soltar al hábil ministro de Felipe II, sabrosa presa en que ansiaba cebarse. En la centuria presente, el periodismo ha cobrado tales vuelos, que con razon se considera como una de las instituciones fundamentales en que descansa la vida moderna, y metafóricamente, como un poder nuevo del Estado. Es la tribuna del pueblo desde donde se dirige á sus conciudadanos todo el que tiene que comunicarles algun pensamiento de interés comun, denunciarles los abusos, errores é injusticias cometidas por los poderes públicos, y ponerles de manifiesto las consecuencias funestas que pueden acarrear para lo venidero: estrado universal, desde donde elevan sus quejas todos los oprimidos, sus temores y advertencias los avisados, ante el tribunal inapelable de la opinion pública; patrocinador de todas las causas justas; despierto vigía que anuncia á la patria, desde muy léjos, las futuras tempestades en que puede naufragar su honra, su vida ó su porvenir, y le señala rumbos por donde dirigirse á mayor engrandecimiento. El periodista independiente vive en intimidad de relaciones con el país; lo inspira y se inspira en él; acepta el mandato imperativo que nace de los hechos sociales, pero sin renunciar á su papel de tutor y artista; escucha la voz de la opinion, y se constituye en eco suyo, pero al mismo tiempo, reobra sobre ella constituyéndose en eco de la razon; no va contra la corriente general, pero se esfuerza en desviarla cuando juzga que se ha salido de los cáuces del bien y de la justicia: semejante á un espejo ustorio, reconcentra en un punto todos los rayos de luz que se proyectan de la sociedad, sus acentos, sus alegrías, sus dolores, sus esperanzas y sus ideales: cede á la corriente comun, pero al mismo tiempo la regula, acelerándola ó moderándola, segun las ocasiones y los tiempos. Conforme sea la naturaleza y la cuantía de la reforma y el estado de la opinion, así es lenta ó instantánea la accion del periódico sobre ella. Hace dos años, un diario español publicó un artículo titulado *¡Pobres niños!* denunciando la

profunda inmoralidad que entrañaban ciertos anuncios, de los cuales resultaba que habia ó podia haber quienes entregasen niños de pocos años á la explotacion de las cuadrillas ambulantes de acróbatas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, titiriteros ó mendigos de profesion, poniendo en evidencia la crueldad de que son objeto los infelices niños alquilados, por parte de los que se dedican á ejercicios de fuerza, de equilibrio ó de dislocacion, y haciendo un sentido llamamiento al Gobierno y á los legisladores españoles, en nombre de la civilizacion y del decoro de nuestra patria, para que hicieran imposible esa trata de niños que arroja sobre la frente de la humanidad una nota de barbarie: la generosa excitacion obró como quien arrima la llama de una tea á un haz de secos combustibles: el fuego prendió en minutos: el mismo dia, toda la prensa periódica, sin distincion de matices, se asoció al pensamiento, pidiendo una ley de proteccion de niños; y el mismo dia tambien, un Senador dirigió al Gobierno una pregunta sobre el mismo asunto; y al dia siguiente, siete Diputados, afiliados en diversos partidos, presentaron en el Congreso una proposicion de ley, que corrió rapidísimamente los trámites reglamentarios y fué aprobada por unanimidad (1).—Poco tiempo después, la ruda campaña de la prensa obligaba al Gobierno español á expedir una circular á los Gobernadores, que principiaba así: «Las censuras que la opinion formula con frecuencia por medio de la prensa periódica, y las repetidas quejas que en diversas formas y áun en contrarios sentidos se elevan á este ministerio, sobre la conducta de las autoridades con referencia á la persecucion del juego, no han podido ménos de llamar la atencion de S. M. (?), y de exigir que se ponga pronto término á un estado de cosas que amengua el prestigio y la consideracion que tanto necesitan los representantes del Gobierno para el buen desempeño de sus funciones.»—No siempre está tan bien preparado el terreno para que germine y florezca la semilla sembrada una vez por medio de la prensa: á las veces, necesita un cultivo esmerado y paciente, y una

(1) Aunque, por lo visto, para no ser cumplida por los delegados del poder, pues á juzgar por los hechos, se diria que tal ley no existe.

perseverancia que tiene algo de predestinacion y de sello religioso. Pocos ejemplos pueden citarse tan característicos, y de pocas cosas puede gloriarse tanto el periodismo, como de la trasformacion del espíritu público del pueblo inglés, obrada por ministerio suyo, con respecto al régimen colonial, hace poco más de una generacion. Inglaterra, al igual de los demás pueblos, tenía sus colonias en clase de factorías ó mercados, para su comercio y productos exclusivamente. Pedian los colonos del Canadá que se les permitiese elegir sus representantes y gobernar sus intereses locales; pero el pueblo no entraba en esas miras, y se obstinaba en mantener la Constitucion de 1791, segun la cual, tanto el Gobierno como el Senado eran de nombramiento real: hubo peticiones, desórdenes, y últimamente, en 1838, un levantamiento que fué sofocado. El célebre informe de Lord Durham abrió los ojos á las gentes sensatas, y principió á prevalecer entre ellas la opinion de que sólo una semi-autonomía, acomodada al estado de cultura de aquel país, dejaria á salvo los respetos de la justicia, conjuraria los peligros de una más séria insurreccion separatista, y conservaria unida á la metrópoli la vasta colonia americana; pero aunque el pueblo se negaba tenazmente á conceder á los ingleses de América las instituciones libres de que disfrutaban los ingleses de Europa, no pensó aquella minoría en escalar el poder por el engaño y las malas artes, para hacer desde allí por fuerza de decretos lo que la pública opinion injustamente repugnaba, sino que acometió la árdua tarea de desvanecer el error en que estaba la ciega muchedumbre, haciendo de la prensa, cátedra y tribuna, pugnando un año y otro año por llevar á su ánimo la conviccion del nuevo régimen político-colonial que iba á inaugurarse, quebrantando de este modo la viva resistencia con que en un principio habia tropezado, y más tarde venciéndola del todo. Sin el poder que tiene la prensa en Inglaterra, sin su patriotismo previsor, sin esa propaganda hábil y tenaz, las vías legales se habrian trocado en sangrienta insurreccion, y la autonomía en independencia: Inglaterra habria perdido soldados, caudales y colonias.

He dicho que los órganos adventicios de proposicion ejer-

con esta funcion esencialísima por medio de la palabra escrita y por medio de la palabra hablada. A esta última forma de comunicacion oral se refieren los *comicios tributos* romanos, de donde salian los plebiscitos, y las *debating societies*, *meetings* y *hustings* ingléses, —que son los dos ejemplares típicos que pueden señalarse en la historia. Las comicios tributos eran asambleas generales de las tribus, que deliberaban sobre los asuntos de interés comun, pero sus acuerdos no tenian fuerza de ley; eran un modo de manifestacion de la opinion social, como las resoluciones y peticiones de los modernos *meetings*, á los cuales los compara Mommsem, hasta que se hicieron obligatorios en virtud de varias leyes expedidas por dictadores y tribunos, desde Publlio Philo hasta Lectorio. Los *meetings* son reuniones inmensas de ciudadanos, donde se discuten libremente las cuestiones políticas que se hallan á la órden del dia: el iniciador de una idea la publica á la faz de sus conciudadanos, y la recomienda á su atencion y á sus sufragios: si es tomada en consideracion, se la somete á un juicio contradictorio, se delibera acerca de ella, y cuando ya está suficientemente discutida, si procede, se vota, elevando las manos como en la agora de Atenas, ó firmando una peticion á las Cámaras. Así, por medio de estas votaciones y peticiones plebiscitarias, al par que se ayuda á formar la opinion, vaga é indecisa siempre, como obra de la conciencia irreflexiva, se define y concreta. Hé aquí, por vía de ejemplo, un caso reciente. Cuando, en 1876, la barbarie turca reprodujo en Bulgaria aquellas escenas de exterminio y de desolacion que tantas veces hemos leido horrorizados en las historias antiguas, el pueblo inglés dejó escapar un grito de indignacion, que no pudo ménos de resonar en las esferas de la gobernacion del Estado: los jefes del partido liberal (antiguo whig), hicieron un llamamiento á la conciencia nacional, y la nacion respondió unánime, como correspondia á los sentimientos nobles y humanitarios de un pueblo culto: lord Russell, lord Gladstone, lord Bright, y hasta lord Granville, en discursos, en cartas, en folletos, agitaban y acaloraban la opinion, interesándola en favor de la justicia que asistia á las desdichadas víctimas de la

barbarie musulmana; y los mismos ministros que veintidos años ántes habian dirigido la guerra de Crimea, y el mismo país donde esta guerra habia sido tan popular, protestaban ahora contra la política anti-rusa: todas las ciudades celebraban *meetings* numerosísimos, y en ellos se protestaba contra las crueldades de los turcos y contra la actitud del Gobierno en la cuestion de Oriente, y se firmaban peticiones al Ministerio y á las Cámaras, y se dirigian mensajes á la reina, reclamando una política de intervencion favorable á los cristianos y opuesta á la que venia siguiendo Inglaterra por tradicion en aquellas regiones: reprobaban en el Gobierno el que patrocinase la causa de Turquía, y se hiciera implícitamente solidaria de los crímenes atroces de Bulgaria, llegando á decir que, sin su apoyo, no se hubiera atrevido á cometerlos: y no ocultaban su deseo de que Inglaterra entrase en inteligencias con Rusia, para poner término al temeroso problema oriental. En este coro unánime de generosas protestas, que es de sentir no encontrase imitadores en las naciones del continente, no cupo la menor parte á la prensa, allí asociada siempre á las grandes explosiones del sentimiento público. Resultado práctico: el gobierno conservador ó tory, tan dado á las aventuras de la guerra, se sobrecogió, y ya que no hizo, dejó que Rusia hiciese: los amigos de Turquía, en Francia sobre todo, le acusaban de haber cedido al influjo de una opinion pública tan inconsiderada y utópica como culpable y violenta, y retirado á Turquía la proteccion que venía dispensándole por una especie de tutoría tradicional (1).—Por lo instructivo y por lo noble, he de recordar un caso de manifestacion originalísima, acaecido en 1876, en Puerto-Rico. Habian sido puestos en capilla para ser ejecutados, tres soldados de artillería, condenados á la última pena por el Consejo Supremo de la Guerra, por delito de desercion. La noticia de la proximidad de la ejecucion cundió como el rayo por la capital de la isla, que no habia visto al-

(1) Por desgracia, todavía hizo demasiado: no escuchó los votos del pueblo sino en parte, y el pueblo le retira su confianza, y envia una mayoría compacta de liberales, en las elecciones que se están verificando en el momento en que escribimos estas líneas.

zarse el patíbulo hacia muchísimo tiempo, y sus nobles habitantes, sin excepcion de clases, animados por un sentimiento comun, improvisaron una manifestacion, al efecto de implorar del capitan general el perdon de los reos. Las más distinguidas damas de la sociedad puertoriqueña tomaron la iniciativa, asociándose á ellas el Ayuntamiento en masa, el clero y el cabildo catedral, con el obispo á la cabeza, el cuerpo consular, los periodistas, y número extraordinario de personas de todas clases y condiciones. Hubiese sido cuando ménos impolítico desoir el voto de una ciudad entera, manifestado por modo tan unánime, y el General La Portilla hubo de hacer uso de la gracia de indulto que las leyes de Indias le conceden. Profundamente reconocidos y afectados los manifestantes, se dirigieron en masa á la catedral, á dar gracias á Dios porque habia librado á los desdichados desertores de la muerte, y á Puerto-Rico de un horrible espectáculo.

Hácense tambien partido las ideas y recorren el período de gestacion, organizándose en asociaciones ménos tumultuosas y más pacíficas, llamadas Ligas, Uniones, Congresos, ó de otro modo. Tambien es Inglaterra el país clásico de este género de órganos corporativos adventicios. Surge en el cerebro de una persona una idea de gobierno que responde á alguna necesidad pública, hace partícipe de ella á algunas otras, y al punto constituyen para servicio suyo una sociedad, á fin de que su accion sea más eficaz: su propaganda es activa y vehemente: acude á todos los medios legítimos de comunicacion: el número de adeptos crece de dia en dia, en progresion geométrica: su órbita se ensancha, hasta abrazar dentro de sí la mayoría de la nacion: desde la prensa y los *meetings* pasa á los comicios, de los comicios asciende á los Parlamentos, y entónces, lo que al principio fuera utopia y plan ideal de un individuo, se convierte en hecho social, y la escuela ó la asociacion, logrado ya el objeto para que habia sido fundada, se disuelve. Citaré como ejemplo la «Liga de Manchester,» que se constituyó con el exclusivo fin de conseguir, por el medio pacífico de la propaganda, la reforma de las leyes agrícolas y el mejoramiento de las clases obreras, reformas que tan-

tos intereses y privilegios heria, y que por eso mismo debia tropezar con tantas resistencias entre las clases mas poderosas;—la «Land tenure association,» inspirada en las ideas económicas de Stuart Mill, diametralmente opuestas á las de Cobden y la famosa Liga de Manchester, puesto que su instituto es establecer la distribucion de las riquezas sobre bases más equitativas que las que resultan de la libre competencia en su forma actual, generalizando la propiedad territorial, mediante la accion indirecta del Estado; á cuyo fin, se propone persuadir á la sociedad, para que ésta ponga en sus manos el instrumento del poder que, para realizar ese propósito, juzga necesario;—el «Congreso de amigos de la paz» y otras análogas instituciones (1), cuya idea generadora es el desarme europeo y el arbitraje internacional, idea que no hace mucho tiempo apénas contaba media docena de adeptos, utopistas, como Saint Pierre, Kant ó Cobden, que hoy defienden sin rebozo publicistas y filósofos con muy raras excepciones, que ha principiado á penetrar en las masas populares, segun demostró el último Congreso celebrado en Nápoles, que ha visto ya un principio de reconocimiento oficial en el tratado de París, que ha producido hechos como el del arbitraje de Ginebra, principio de que se han mostrado partidarias varias Asambleas legislativas, de los Estados-Unidos, Países Bajos, Italia, Bélgica y Suecia, y que á la corta ó á la larga señoreará todas las conciencias, triunfará de todos los obstáculos, y convertirá en viviente realidad el sueño de la paz perpétua y universal;—el «Instituto de Derecho internacional,» nacido en Gante en 1873, y cuyo objeto es favorecer los progresos del derecho de gentes, formular los principios de la ciencia y las reglas que de ellos se derivan, generalizar su conocimiento, prestar su concurso á toda tentativa séria de codificacion de derecho internacional, y sustituir á los ciegos azares de la guerra un sistema de enjuiciamiento conforme á derecho;—las asociaciones y comi-

(1) *The peace society*, de Lóndres; *Lega de la pace*, de Milan; *Liga Neerlandesa de la paz*; *Sociedad francesa de amigos de la paz*, de Paris; *Union de la paz universal*, de Filadelfia; *Liga de la paz y de la libertad*, de Ginebra, etc., etc.

cios de mujeres para la obtencion del sufragio y de la representacion política, que principian á estar á la órden del dia en los Estados-Unidos, en Inglaterra y hasta en Francia, y que no tardarán en producir sus consecuencias legítimas, á juzgar por la calidad y rango de algunas de las reclamantes, y por el propósito de revisar en ese sentido las leyes constitucionales, que ha manifestado la Cámara de representantes de algun Estado americano, etc.

Quedan, por último, las informaciones públicas, ora generales, ora especiales. Ejemplo de la primera clase, la informacion de reforma social promovida en 1808 por la Junta central de España; y de las segundas, la informacion arancelaria de 1867 en el mismo país.

Fácilmente se comprenderá ahora que el ejercicio de esta funcion, en cualquiera de las formas enumeradas, requiere, como condicion esencial, la libertad, cuyas principales variedades en este respecto son: libertad de imprenta, libertad de reunion y de asociacion. Cuando, por falta de libertad, las aspiraciones de la multitud no pueden salir á la superficie ni ser propagados los ideales que aisladamente conciben sus miembros, se produce un desequilibrio insostenible entre la vida interior del espíritu y la exterior de la sociedad, enjendrándose de él uno de estos dos resultados: 1°, si la fuerza de compresion es más poderosa que la de expansion, el pueblo languidece, decae, y tal vez muere: 2°, si por el contrario, le aventaja la fuerza viva y creadora del pueblo, estalla una revolucion, que destruye ú orilla el obstáculo, para que prosiga su carrera normal el derecho. Cuando se levantan enfrente del pensamiento muros y valladares, con la mira de que no se exteriorice y difunda; cuando el poder se interpone entre los ciudadanos, y oprime inmoderadamente aquella facultad de comunicarse que han adquirido por naturaleza ó por educacion; cuando se acomete el ciego y temerario empeño de obstruir violentamente esas válvulas de seguridad y esos registros de comunicacion entre el pensamiento y la realidad; cuando el injusto recelo ó la ciega pasion de un gobernante, ó el egoismo de un partido, se sobreponen á la justicia, y se hace de las leyes arcas santas, y de

las autoridades ídolos inaccesibles al juicio de la multitud; cuando no pueden ensalzarse ni proponerse reformas estimadas útiles sino con la cuerda al cuello, como en la Constitucion de Zaleuco,—la vida se estanca ó retrocede, si no rompe en una explosion de cólera revolucionaria, en ocasiones no ménos dañosa que la servil resignacion de los pueblos nacidos para la servidumbre. La libertad es el aire respirable de las ideas, y fuera de su bienhechor influjo, mueren por asfixia. Por lo mismo que los individuos que componen una colectividad social no conciben simultáneamente todas las ideas progresivas, y áun hechas públicas, no las juzgan todos de igual manera posibles, equitativas ú oportunas, es esencial esa funcion de la comunicacion en sus más ámplias formas, y dicho se está que tambien el libre uso de los medios con que tal funcion se ejerce, á fin de que se establezca la debida unidad de miras entre las voluntades discordantes, sea que la minoría iniciadora atraiga con sus razonamientos á la mayoría, haciéndole simpática la idea que defiende, sea que se persuada, por la tenaz oposicion que encuentra, de que no está en sazon aún para ser llevada á la práctica y renuncie á ello, ó bien se resigne á mantenerla recluida en la esfera ideal de los principios. Hecho habitual el ejercicio de la libertad, y con más razon si es éste tradicional, y por decirlo así, hereditario, su primer efecto es hacer á los ciudadanos dueños de sí mismos é inspirarles un respeto profundo hácia la sociedad: cuando, por el contrario, la libertad de comunicacion no existe, ó existe mermada, cuando el corto número de personas que sienten al principio una necesidad cuya satisfaccion requiere hechos sociales, se convencen de que sólo por la fuerza podrán escalar las alturas del poder, no se curan de que la sociedad piense como ellos, la consideran como blanda cera, capaz de amoldarse en un dia á cuantas formas quieran imprimírsele, son ideólogos, esclavos de una abstraccion, que aspiran á apoderarse de los resortes centrales del Gobierno, juzgándolos omnipotentes, para imponerse desde allí autoritariamente á aquellos á quienes no les fué dado convencer; ó si logran un momento de respiro, lo aprovechan con avidez, temerosos de que no sea duradero,

buscan un equivalente del tiempo en la vehemencia de su pasion, y en vez de razonar, declaman; no se dirigen á iluminar el entendimiento, sino á acalorar el corazon y á provocar funestos apasionamientos; no educan al pueblo, lo embriagan con ideas, extravían, sobornan, engañan á la opinion, engañándose y extraviándose á sí mismos, que después de haberse elevado por virtud de esos artificios, ruedan y se despeñan desde las alturas de su fantástico pedestal, envolviendo en sus ruinas al pueblo que los siguió, y la idea misma á quien pretendieron servir, herida de muerte por el más desolador de los excepticismos, el excepticismo del sentido comun. En situaciones tan anormales como éstas, existe entablada una lucha constante entre los magistrados superiores del poder oficial y los hombres progresivos que viven en el seno de la colectividad: léjos de considerarse unos y otros como representantes de ella en grado y esfera diferentes, se aborrecen como enemigos, y la idea de la justicia en que unos y otros debieran inspirarse, se ve suplantada, en aquellos por el instinto de conservacion, inspirador de resistencias; en estos, por la desesperacion y la impaciencia, que inducen á la revolucion; en todos, por la falta de brújula y el apetito inmoderado del poder; en ninguno, por el respeto á la sociedad, de quien parecen, no ministros, sino dueños. La libertad moral de los individuos y la libertad política consagrada por las leyes se coenjendran mútuamente: donde la una falta, no puede por ménos de faltar la otra. Véase lo que sucede en Inglaterra; la ley respeta á la prensa la libertad, inherente á su instituto social, de propagar sus ideales sin restricciones de ningun género, porque la prensa, allí independiente de los partidos, sabe ser libre; y sabe ser libre, porque le es reconocida como un derecho esa libertad natural, y se confia á su discrecion el uso prudente de ella, y se adoptan para regularla los procedimientos de la persuasion (tribunal del *speaker*), y no los del terror y de la fuerza; por el contrario, en el continente, donde la prensa, en tésis general, es instrumento de partido, alternativamente ministerial y de oposicion, órgano de intereses ántes que de ideas, donde el periodismo no se ejerce como una profesion, sino como un medio

auxiliar de alcanzar medros en la política, y donde, como lógica consecuencia de esto, los ataques y las defensas, no tanto se inspiran en la pura y desinteresada razon cuanto en los estímulos de la conveniencia particular, sea de una personalidad, sea de una faccion, los gobernantes no vacilan en poner trabas á su ejercicio, trabas que traspasan casi siempre los límites de lo justo, y que redundan en daño de la sinceridad y de la serena calma que debe reinar en esas regiones donde el ejercicio del pensamiento y de la crítica refluyen inmediatamente sobre la realidad. Por otra parte, su eficacia es menor, la opinion social y los gobiernos ponen ménos fé en sus doctrinas y en sus juicios, aquí donde el periodista no puede decir todo lo que piensa ni piensa todo lo que dice, que en el Reino Unido, donde le es lícito discutir las leyes sancionadas por la Corona, los fallos de los Tribunales, los actos del Ministerio, la conducta de los Generales en tiempo de guerra, porque no lo hace con prevencion y por sistema, sino con el desinterés propio de quien ha elevado el periodismo á categoría de una religion. Así puede servir ora de freno, ora de acicate, á pueblos y gobiernos. Nadie pretenderá para el periodismo la impunidad, ni que sea ilegislable su ejercicio: la Constitucion debe defenderla contra la tiranía gubernamental y contra la propia licencia. La emancipacion supone capacidad y recto uso del derecho. No ha de hacer enmudecer la ley á la opinion, pero sí debe idealizar sus procedimientos, impedir que adopte los modales de la esclavitud, y cerrar el camino á toda violencia de lenguaje, que es una ofensa á la dignidad y á la soberanía de la nacion.

B.—*Realizacion ó produccion exterior del hecho: Ejecucion.*

30. Condiciones prévias esenciales para ejecutar el plan. 1ª *Existencia y posesion del medio.*—Hasta aquí hemos estudiado lo que podríamos denominar la gestacion del hecho: tócanos ahora describir el proceso de su alumbramiento. Hemos visto que el plan, en cuanto es una como realizacion intelectual del hecho, abraza todos los elementos in-

tegrantes de éste, fin, medio, union y relacion del medio con el fin. Para que su ejecucion exterior sea posible, es condicion precisa que exista en poder del sujeto-agente, ó dentro de la esfera de su actividad, el medio; que la naturaleza de este medio sea homogénea á la del fin que trata de cumplir, ó lo que vale igual, de la necesidad que trata de satisfacer; y que haya posibilidad de establecer entre ellos la relacion con que ha de consumarse el hecho. Puede suceder que existan las condiciones subjetivas necesarias para el hecho, conocimiento de su necesidad, deseo de realizarlo, plan para esa realizacion, pero que falte alguna de las condiciones objetivas, los medios, por ejemplo, y el hecho no pueda salir del estado de ideacion. Acontece en esto lo mismo que en las ciencias de la naturaleza: Galileo sabia cómo podria medirse la distancia de la tierra á otros astros; sabia Salvá cómo podrian trasmitirse señales de unas ciudades á otras á través de un alambre; pero los medios que poseian eran muy imperfectos: faltábale al primero el grafómetro de Frauenhofer, y al segundo, el electro-magnetismo de Oersted. Aunque se le ocurriera al comercio de la antigüedad el contrato de cambio, ó al de la Edad Media el contrato de comision, tales como los reglamenta el derecho mercantil moderno, no podia llevarlos á la práctica, porque le faltaban dos medios esenciales, la seguridad internacional, y la moralidad y la confianza entre los mercaderes. Los que no ejercemos esta profesion, la generalidad que vive la vida de la contratacion comun, sabemos el modo de imprimir á las obligaciones una forma más expansiva que la que revisten en la actualidad, pero carecemos de los medios de garantía que para ello serian menester, ni nos es fácil adquirirlos en nuestro estado de cultura económica presente; los comerciantes, por el contrario, poseen esos medios de aumentar la confianza, los libros de comercio, contabilidad, conservacion de la correspondencia, publicidad de los actos mercantiles, corredores, comisionistas y factores dotados de ciertas condiciones legales, etc., y con tales medios, les ha sido posible facilitar las transacciones y hacerlas más rápidas y ménos costosas, y como consecuencia, fundar todo un derecho de excepcion, la letra de

cambio, los contratos de seguros, de fletamento y á la gruesa; las sociedades mercantiles, las casas de contratacion, las reglas excepcionales sobre quiebras, la investidura de escribanos concedida á los corredores, etc.—Los legisladores españoles del siglo XVI conocian las necesidades del gobierno de Indias, los abusos que se debian remediar, los intereses morales que se debian proteger, etc.: sabian tambien los medios conducentes al logro de su fines, y en las leyes de Indias los consignaban; pero esos medios no existian, ni hasta mucho tiempo después han existido; esas leyes iban dirigidas á una poblacion inquieta de aventureros crueles, déspotas, codiciosos y desalmados, de privados y gente principal, que introdujeron una especie de feudalismo colonial, regida por vireyes ambiciosos y alcaldes tiránicos, á quienes preocupaban poco los intereses de la civilizacion que les estaban confiados,—y salian muertas del cerébro del legislador: no eran leyes positivas, no brotaban de la conciencia del pueblo, ni tenian en cuenta su estado moral, y así no habia quien las guardase: crearon preceptos ideales y puramente especulativos, porque, ó se eludian por medio de dispensas, fáciles de obtener en la metrópoli, ó se desobedecian abiertamente. Las leyes declaraban á los indígenas libres por naturaleza, y en realidad eran esclavos.—En vano un japonés, en 1850, hubiera ideado planes y arbitrios para reformar la vida de su pueblo, poco ménos estancada que la de China, y como ella exenta de las necesidades que son el obligado acompañamiento de la cultura europea; y hubiesen sido vanos de todo punto, porque le faltaban los medios. Cuando, á consecuencia de la revolucion, el pueblo japonés se ha puesto en contacto con los europeos, los espíritus progresivos han podido ya poner en ejecucion sus planes de reforma, porque el nuevo derecho por una parte, y la Europa por otra, les han suministrado los medios.—Hay leyes internacionales que no tienen por objeto inmediato los fines de la vida, sino el reconocimiento de las leyes civiles nacionales que regulan el cumplimiento de esos fines: esas reglas internacionales son medio necesario de cuya existencia depende todo un órden de hechos: en vano habria otorgado un sardo en

Aragon su testamento en la forma recibida por uso y fuero de aquel país, si no hubiera reconocido validez al principio *locus regit actum* la convencion de 1782.

Lo ordinario es que el medio sea una consecuencia del fin, que se presente después de sentida la necesidad: así, por ejemplo, los consulados son un medio jurídico para el ejercicio regular de actos mercantiles en determinadas condiciones, pero el mercader se adelanta á la creacion de esas instituciones, y aunque con riesgo, y sin que bandera alguna le proteja, lleva sus mercaderías á países lejanos: no se establece un consulado donde no hay intereses que amparar; el cónsul va detrás del comerciante, no de otro modo que el establecimiento de los servicios municipales es posterior á la fundacion del municipio. Sin embargo, alguna vez sucede que, cuando se trata de fundar una ciudad nueva en un lugar donde se juzga conveniente ó necesaria, los servicios, aceras, alumbrado, ferrocarril, oficinas públicas, etc., preceden á la construccion de las casas y á la llegada de los vecinos, segun se ha visto frecuentemente en los Estados-Unidos. Así tambien, en casos excepcionales, cuando el mercader tiene formado el propósito de comerciar en determinada region de la tierra, pero no se resuelve á ponerlo por obra, á causa de ser un país salvaje é inhospitalario, ó cerrado á toda comunicacion con el estranjero, ó donde imposibiliten ó dificulten la contratacion tarifas aduaneras demasiado elevadas, entónces al comerciante precede un ejército y un cónsul, ó bien un tratado de comercio, etc.: se estimula el hecho, brindando al agente los medios necesarios para realizarlo.

31. Condiciones prévias esenciales para ejecutar el plan. (Continuacion.) 2ª *Facultad de obrar. Derecho de no obedecer. Inobservancia ó incumplimiento: Desuso.*— Otra condicion necesaria para la ejecucion del plan, es la facultad de traducir en hechos exteriores los hechos producidos ó determinados interiormente, la libertad de obrar lo que el derecho natural autoriza, y de abstenerse de lo que el derecho natural ó la propia conciencia reprueban. La negacion, tan frecuente en

la historia, de está facultad inherente al sujeto del derecho, reviste una de estas dos formas:—1ª Obligando á ejecutar actos exteriores que no corresponden á hechos ó estados interiores. Hé aquí un ejemplo de esta clase de opresion: Cisneros impuso el bautismo por el terror á los moriscos de Granada, ántes de haber expulsado de su alma la fé mahometana, ántes de haberla hecho, por decirlo así, permeable á la creencia que se simbolizaba en aquel acto, y los moriscos, presa de la desesperacion, ébrios de cólera, empuñaron las armas para reivindicar la libertad de manifestar en los hechos de su vida lo que era esencia de su sér, carne de su carne, poner en concordancia su vida con su pensamiento, y arrancar de su corazon aquel dardo que les habia clavado la intolerancia religiosa.—2ª Obligando á ocultar hechos ó estados interiores que requeririan su exteriorizacion para ser eficaces y vivir vida verdad: así, por ejemplo, todos los napolitanos deseaban tener por soberano á Pedro III de Aragon, reconocíanlo como tal, reinaba de hecho en sus corazones, y su propósito era irrevocable y perfecto, pero las armas del odiado Cárlos de Anjou, lo contenian en los lindes del mundo interior: cuando los anjevinos hubieron de retirarse, y Pedro III se presentó en Nápoles, las aclamaciones y la explosion de entusiasmo con que era recibido en todas las ciudades donde entraba, eran como descargas de fuerza viva, efecto del equilibrio que se establecia entre la realidad exterior y el pensamiento, hasta allí separados y cohibidos.

Abraza, segun esto, la facultad de obrar dos distintos derechos ó grupos de derechos: 1º La *libertad civil* y la *libertad política*: 2º El *derecho de no obedecer*.

Hemos explicado ya en otro lugar lo que por libertad civil debe entenderse, y no hemos de repetir aquí su concepto (§ **12**). Obra sobre los hechos jurídicos de una doble manera: 1º Posibilitando la ejecucion de los proyectados: 2º Despertando la iniciativa del pensamiento, para que los proyecte ó se los proponga. Cuando se carece del poder de encarnar en la realidad sensible los planes concebidos, no tienen estos otro valor que el de puras idealidades:—que un castellano disponga *mortis causa* de sus bienes, sin otra consideracion que la de su

deber, atendiendo á las necesidades y á los merecimientos de cada hijo, ó á la obligacion moral de favorecer el desarrollo de tal ó cual personalidad social, ó de tal ó cual fin de la vida ética, jurídica, científica ó religiosa de su siglo: su testamento no será nunca un hecho cumplido, quedará en embrion, en proyecto, porque carece de libertad de testamentifaccion, porque la ley le impone una fórmula rígida, que le deja muy breve espacio para moverse:—que discurriese un japonés, hace quince años, recorrer el mundo para instruirse, y trazase su itinerario y el plan todo de ese hecho jurídico con que entendia hacer uso de su libertad natural: ese plan tenia que quedar estéril, porque una ley prohibia á los japoneses, bajo pena de muerte, abandonar el país de su naturaleza: fué preciso que la ley fuese revocada (1866) para que estallase el hecho interior, saliese á la luz del dia aquella ansia de novedades que bullia en todos los pechos, y la juventud de la nobleza se derramase por Europa y América.—Por otra parte, es evidente que la libertad no obra tan sólo sobre el hecho exterior sacándolo de su estado de virtualidad, significado en el plan, sino que además influye sobre el plan mismo, estimulando la formacion de nuevos propósitos, y provocando indirectamente á la reflexion para que delibere sobre ellos y mueva la voluntad á ejecutarlos: así, el sistema de asociacion cooperativa no hubiese podido nacer en Inglaterra, á no haber estado consagrada en las leyes la libertad de asociacion: no es ménos necesario en Galicia que en el Alto Aragon, á causa de las condiciones naturales de su suelo, el sistema de heredamiento universal, especie de mayorazgo racional, dotado de las ventajas y exento de los inconvenientes de la antigua vinculacion, pero no ha podido ocurrírseles á los gallegos, porque no han conocido la testamentifaccion libre, tal como la poseen de siglos en Aragon, de cuyo organismo social y político forma parte integrante el heredamiento. El espíritu de tolerancia y de respeto á todas las opiniones y creencias, no ha podido desarrollarse en España, como en otras naciones, porque constantemente ha sido oprimida por los gobiernos la conciencia religiosa, porque le ha sido negada la libertad de cultos.—Por esto, debe

cuidar el legislador de no prohibir en sus códigos acto ni institucion alguna que no sea contra razon, áun cuando nunca haya entrado en las prácticas del país, áun cuando haya caido en desuso, porque acaso se presentarán circunstancias favorables que la hagan resurgir, dotada de una nueva vida: —la *adopcion*, que nació hace miles de años al calor de una creencia religiosa sobre la inmortalidad, y que andando los siglos se habia desusado casi por completo, está á punto de resucitar alentada por ideales de humanidad y de beneficencia, á juzgar por los hechos observados con motivo de las recientes inundaciones de las provincias de Levante, y no hubiese obrado cuerdamente la Comision que redactó el proyecto de Código civil español de 1851, si hubiese pasado en silencio, como estuvo á punto de hacerlo, tan importante institucion:— el *enfitéusis*, ideado en las postrimerías del imperio romano como un medio de aliviar la suerte de los colonos y acrecentar la riqueza de los propietarios territoriales, prestó grandes servicios en la Edad Media, armonizando los intereses de los señores y de los siervos, y contribuyendo muy eficazmente al progreso de la Agricultura y al desarrollo de la libertad individual: excrescencias feudales que se le habian adherido, hiciéronlo aborrecido en la Edad Moderna, pero puede rejuvenecerse, purificándolo de ellas, y servir de instrumento poderoso para resolver el aspecto económico del problema social, que tan preocupado tiene á nuestro siglo; y por esto, hizo mal el Código Napoleon en pasarlo en silencio, y el Proyecto de Código civil español en prohibirlo, cuando lo que procedia era tan sólo reformarlo.—Y no sólo para la adopcion de las costumbres nuevas y rehabilitacion de las antiguas, es necesaria la libertad, sino que tambien para abandonar aquellos usos que con el trascurso del tiempo vienen á estar en disonancia con la vida. A cada nuevo progreso conseguido, corresponde, como es natural, una renovacion de formas; pero el desprenderse de ellas y el sustituirlas por otras, cuando un hábito secular las ha hecho segunda naturaleza, requiere siempre un esfuerzo y un aprendizaje, y para que éste sea más breve, ménos doloroso aquel, y más insensible la transicion, es condi-

cion obligada la libertad: 1° para juzgar y para combatir los ideales reinantes y las instituciones existentes: 2° para idear y proponer las que hayan de reemplazarles: 3° para romper con las prácticas admitidas é introducir otras nuevas, al punto que se haya consumado el cambio gradual en la conciencia.

El *derecho de no obedecer* es uno de los problemas más delicados y más oscuros de la ciencia jurídica, y apenas si hasta el presente ha sido planteado desde el punto de vista de la unidad del derecho. No es este lugar propio para que nos engolfemos en ese tema, y habré de limitarme á desarrollar algunas consideraciones de carácter práctico, como todas las que preceden, por lo que esto pueda contribuir á completar la teoría del hecho jurídico ó ilustrar más tarde la doctrina acerca del desuso.

Refiérese el derecho de no obedecer, al poder legislativo y reglamentario del Estado oficial en su relacion con el Estado comun ó general. En el capítulo precedente quedan ya demostrados los siguientes principios: 1° Las autoridades, ó sea, los órganos del Estado, obran siempre en virtud de una representacion, no por poder propio, sino por poder de la sociedad cuya voz llevan, y en tanto son tales representantes, en cuanto cumplen los fines de su instituto, en cuanto realizan la justicia en la forma propia de la funcion que están llamados á desempeñar: 2° La actividad que informa el hecho jurídico, prestando al fin racional los medios que le son apropiados, es una actividad consciente y libre, y por tanto, responsable, en todos y cada uno de los momentos de su obra. Nace de aquí que tanto las autoridades como los súbditos están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara, y que toda regla jurídica que atañe á los dos, por los dos ha de ser aceptada, áun cuando la iniciativa proceda de uno solo. Las reglas consuetudinarias que el *Estado comun* expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, ó en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes á los principios eternos del derecho, debe interrumpirles la posesion, perseguirlas, corregirlas ó erradicarlas: las reglas

legales ó de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos á quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razon, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir ó lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, ó siendo bueno el fin son malos los medios, es deber en ellos, cuando ménos, suspender el cumplimiento. El que obra la injusticia, injusto es, proceda de él ó proceda de otro el plan ó la regla en virtud de la cual se ha determinado su actividad á obrar: no cumple el súbdito con obedecer á ciegas y escudarse tras de la autoridad; ni ante su conciencia ni ante la historia le exime de responsabilidad la circunstancia de que lo que hizo, le habia sido ordenado por una autoridad; que la autoridad dejaria de serlo desde el punto en que pretendiese hacer de cada hombre un autómata, en cuyo interior no obrase otra voluntad que la voluntad del legislador. Lo que es contrario al sentimiento natural del indivíduo ó á su dignidad y decoro, ó á la integridad de su conciencia, etc., no le es lícito obedecerlo. Una ley inglesa autoriza al marido para vender á su mujer: otra ley castellana autoriza al defensor de una fortaleza para comerse «in extremis» á su hijo: ¿les es lícito por eso hacer uso de esa autorizacion? Supóngase que, en vez de facultar, obligase en determinadas circunstancias á ejecutarlo: ¿deberia en conciencia obedecer el indivíduo? Que un Ministro incapaz y vano, caricatura risible de un hombre de Estado, ordene á los catedráticos de una Universidad subordinar su criterio científico al criterio religioso y político de una faccion: ¿será bien que obedezcan los catedráticos, prostituyendo su alma hasta ese extremo, poniendo al servicio de un interés bastardo y transitorio lo que hay de más sagrado y de más inviolable en la tierra y en el cielo, la conciencia?

Los autores antiguos consagran mayor atencion que los modernos á este problema. Suarez dice que, «en un régimen democrático, la costumbre puede abrogar la ley, y que, por consiguiente, con más razon podrá prevenirla ó negarse desde un principio á aceptarla (1).» «Todos los hombres de bien, dice

(1) *Tractatus de legibus*, lib. III, cap. XIX.

Grocio, están de acuerdo acerca de este punto: que si los soberanos ordenan algo contrario al derecho natural ó á los preceptos de Dios, no es obligatorio ejecutar sus órdenes (1).» «La obediencia, dice Vattel, no debe ser absolutamente ciega. No hay compromiso que pueda obligar á un hombre á violar la ley natural; todos los autores que tienen alguna conciencia ó algun pudor, convienen en que nàdie debe obedecer aquellos preceptos que hieren evidentemente esa ley sagrada (2).» Pinheiro Ferreira sostiene que la doctrina de Vattel sobre la resistencia á las órdenes del superior es tan vaga, que no se puede deducir de ella una regla de conducta para los ciudadanos ni para la autoridad, y establece como criterio que si el mal que, á juicio del ciudadano, ha de resultar del cumplimiento de la órden, puede ser reparado por aquel de quien la órden emana, debe obedecer, siquiera no sea más que porque, sea la que quiera su conviccion, puede equivocarse; pero si el mal es, por su naturaleza, irreparable, ó si, por la prepotencia de quien la órden emana, el ciudadano tiene la certeza de que el mal, con ser grave, no será reparado, el deber le ordena no obedecer (3).» Oigamos á Constant: «En todos los sistemas será preciso conceder á los indivíduos el que puedan hacer uso de su razon, no sólo para conocer el carácter de las autoridades (si son legítimas), síno tambien para juzgar sus actos, lo cual supone un exámen del contenido y del orígen de la ley. La obediencia á la ley es un deber, pero, como todos los deberes, es relativo, porque se apoya en el supuesto de que tal ley tiene un orígen legítimo y que no sale de sus justos límites: sin embargo, el deber no cesa porque se aparte de ellos en algunos pormenores. Bentham, dice: «¿Nos será lícito permanecer indiferentes entre la ley que ordena el mal y la moral que lo prohibe? Forzoso es examinar si los males probables de la obediencia son menores que los males probables de la desobediencia.» Por donde viene á reconocer los derechos del juicio individual, que en otro lugar ha rebatido. La doctrina de la

(1) *De jure bel. ac pac.*, lib. I, cap. IV, § 1-3.
(2) *Ob. cit.*, lib. I, cap. IV, § 54.
(3) *Notas á Vattel*, t. III, § 54.

obediencia ilimitada de la ley, así en el período del despotismo como en tiempos de revolucion, ha causado tal vez más daños que todos los demás errores que han extraviado á la humanidad (1).» Pinheiro Ferreira añade que el ciudadano, tanto si se resuelve á obedecer como si se niega á ello, debe ponerlo en conocimiento de la autoridad inmediatamente superior á la que expidió la órden, porque su silencio sería un acto de complicidad (2).

Este último requisito basta, seguramente, cuando pueda interpretarse el silencio por complicidad, cuando el disentimiento y la desobediencia no hayan de traducirse inmediatamente en hechos públicos que la hagan patente. En ningun caso es precisa la protesta violenta. Siempre que el poder decreta una disposicion inícua, mandando hacer algo que repugna á la razon ó abstenerse de algun acto á que la propia conciencia obliga, deben evitarse por igual dos escollos en que el súbdito puede declinar: el menguado y rastrero servilismo, que se presta con vergonzosa facilidad á ser instrumento ciego de todas las arbitrariedades del poder, á girar á cualquier viento que sople, y á sacrificar en aras del miedo la dignidad y la libertad de su conciencia; y el espíritu irreflexivo de protesta, que no tolera en el poder el más leve desliz venial, ni siquiera teórico, y se lanza contra él irritado, haciendo que padezca en realidad el derecho que de otro modo hubiese salido tal vez ileso, y dejando abandonados é indefensos los intereses sagrados que en la continuacion de aquel estado fundaban su realizacion. Los primeros son como actores de comedia, desempeñan los más opuestos papeles que les confia el director de escena: ayer reyes, hoy esclavos. Los segundos son vidriosos y exaltados quijotes, abstraidos en la contemplacion de las ideas puras, que se pudren porque la tierra se agita bajo sus piés, y para quienes son nada los procedimientos regulares y el arte de prudencia que acreditaron en sus hechos las generaciones pasadas. No se va al progreso ni á la gloria

(1) *Curso de política constitucional*, por B. Constant, trad. de Marcial Antonio Lopez, 1820, cap. XXII.
(2) Ut supra, § 54.

por el primer camino, que jamás siguieron hombres de honor y de conciencia, pero tampoco por el camino de la intransigencia y de imprudentes provocaciones al martirio. No basta ser sencillo como la paloma: débense prevenir las arterías de los malvados, de los injustos y de los que el mundo llama vividores. Vivir es luchar, y el bien debe aceptar la batalla en el terreno en que le sea presentada: entregarse voluntariamente al vencimiento ó á la muerte, abandonar el imperio y la dominacion al mal, por exceso de candidez y flaqueza de espíritu, ó por sustraerse á las fatigas ó á los peligros del combate, ó tal vez por encontrar pronto en la region de la perpétua luz el cobarde sosiego á que aspiran las almas sensuales y apocadas, no es bondad ni valor, sino desmayo y fuga. Los cristianos de Córdova en el siglo IX, poseidos de una especie de nostalgia del cielo, provocaron locamente la ira de sus dominadores: en vano un concilio condenó la espontaneidad del martirio; los cristianos extremaron de dià en dia sus impolíticas protestas; enconaron la llaga que debian haber sanado; ofrecieron uno tras otro sus gargantas á la cuchilla del verdugo; consumieron en eso toda la energía de su espíritu; y cuando llegó el momento oportuno de la revolucion, el caudillo muladí Omar ben Hafsun, que los hubiese redimido y acabado la reconquista con cinco ó seis siglos de ventaja, no encontró espíritus varoniles y denodados que le auxiliasen en aquella insigne capital donde cincuenta años ántes habia sido tan popular el martirio.

Pueden los gobernantes equivocarse, haber interpretado mal la conciencia pública y el estado moral de la sociedad, ó los alcances de su poder como órganos y representantes de ella; pueden expedir una ley ó un decreto como quien lanza un globo de ensayo, sin ánimo de insistir si encuentra resistencia en los que han de ejecutarla: haberse decidido en un momento de ofuscacion, ó bajo el influjo de uno de esos accesos de infatuacion y de soberbia á que tan expuestos están los políticos de mediano talento, y retroceder no bien les haga comprender su error el incumplimiento pasivo de sus preceptos por parte de la sociedad ó de sus representantes. En tales

casos, la protesta sería ociosa, la revolucion inútil, además de injusta. No es lo mismo preceptuar que castigar á quien no cumple lo preceptuado: muchos se atreven á lo primero que no se atreverian á lo segundo. La fuerza de las leyes no está en su promulgacion, sino en su cumplimiento, y por esto, la tiranía, no tanto consiste en dictar leyes inícuas, cuanto en hacerlas cumplir: cuando los poderes oficiales pongan la fuerza al servicio de sus fantasías jurídicas ó de sus arbitrariedades, cuando pretendan castigar el incumplimiento, entónces ha llegado el momento de la protesta: la oposicion entre el derecho vivo de la sociedad y sus órganos oficiales, es ya oposicion práctica: el legislador se ha hecho tirano y la sociedad debe rechazarlo. La historia del derecho está atestada de leyes y decretos que salieron muertos de la cabeza del legislador, que la sociedad escupió de su seno, como escupe el mar los cuerpos extraños: bastóle para esto el incumplimiento de lo ordenado: el legislador se contentaba con los pueriles desahogos del alumbramiento: si la sociedad hubiese debido levantar una protesta á cada ley injusta, no hubiera gozado un solo dia de sosiego, hubiera vivido en un estado permanente de guerra con los depositarios del poder. Nuestros antepasados discurrieron á este propósito una fórmula muy ingeniosa, y que entraña un profundo sentido: *obedezco, pero no puedo cumplir*, esto es, reconozco y acato tal autoridad, ó al ménos no la discuto, pero en el precepto de que se trata no ha interpretado bien el derecho, y como el derecho es ántes que sus órganos sociales, y estos no han podido querer lo que á todas luces es injusto, me abstengo de ejecutarlo. ¿Manda la autoridad que se ejecute un hecho contrario á la justicia ó á la moralidad? Obrese como si tal mandato no existiera; acoja el precepto como si procediese de una persona privada, que tuviera el capricho de ordenar á voz de pregon ó desde la tribuna pública á sus conciudadanos, que hagan tal ó cual cosa que á él se le ha antojado, y diga á la autoridad superior, como el Vizconde de Ortes á Luis XI: «*En esta poblacion he encontrado leales súbditos de V. M., pero ningun verdugo.*» «*En esta Universidad he encontrado excelentes cultivadores de la ciencia, pero*

ningun esclavo.» ¿Manda la autoridad abstenerse de lo justo y de lo obligado? Pues se obra á pesar del decreto, y si luégo se atreve á pedirnos cuenta de nuestros actos, se le contesta como Antígone á Cleon: οὐ γάρ τί μοι Ζεὺς ἦν: *lo prohibiste tú, pero lo ordena el cielo.* ¿Persigue á los desobedientes? Se protesta, se resiste ó se sufre el martirio. ¿Tolera la desobediencia? Es que renuncia tácitamente á su mandato, y sin necesidad de apelar al recurso extremo de la revolucion, ha logrado el individuo desarmar al poder y mantener incólume el derecho; y si las colecciones legislativas dicen á la posteridad que rigió tal disposicion, la historia interna del derecho lo desmentirá, dando á entender con su silencio que semejante disposicion fué una excrescencia, y no se incorporó nunca en el sistema circulatorio de la vida social.

No es de extrañar que haya sido un precepto legal la desobediencia en España, cuando hasta el derecho de insurreccion, para casos de desafuero, ha figurado como principio constitucional, tanto en Aragon como en Castilla (§ **34**). Una ley de Partidas impone al pueblo la obligacion de «guardar al rey de sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo ó de su linaje ó de su reino; y esto, añade, se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar á sabiendas, merecen pena como traidores (1).»—En Córtes castellanas del siglo xv, se dispuso que no fueran guardados los decretos del rey contrarios al texto de las leyes. En un cuaderno de peticiones y respuestas, se lee lo siguiente: «Lo qual todo (diversas leyes sobre provision de oficios, incompatibilidades, etc.) dezides que non es así guardado, antes dezides que es quebrantado, e me pedides por merçet que sobre todo proveyere commo cunpla a mi servicio e a bien e pro comun de los mis rregnos. A lo qual todo e a cada cosa dello vos rrespondo que es mi merçet, e mando e ordeno por esta mi carta, la qual quiero e mando que aya fuerça de ley... que se guarden las leyes por mí fechas e ordenadas... en las dichas cortes e ayuntamiento que yo fize en Madrit, non embargantes qua-

(10) Part. II, tit. XIII, ley 25.

les quiera cartas que yo de aquí adelante diere contra lo contenido en las dichas leyes e contra parte dello, aunque sean dadas de mi çiencia çierta e propio motu e poderio rreal absoluto, e de mi propia e deliberada voluntad, e aunque sobre ello yo dé e faga segunda e terçera jusion e mas e allende... e aunque en las tales cartas se contenga cualesquier cláusulas derogatorias... ca yo por esta ley declaro e mando que las tales cartas sean abidas por obrretiçias e subrretiçias, e non proceden de mi voluntad, aunque por ellas parezca e se diga lo contrario. E mando que *las tales cartas sean obedesçidas e non conplidas, e que por las non conplir, aunque por mí sea mandado una é dos e tres veces e mas, non cayan en pena aquellos a quien se dirigieren*, mas que todavia sin embargo dellas nin de alguna dellas, se guarden e cunplan las dichas leyes por mí fechas e ordenadas en rrazon de lo susodicho e de cada cosa dello... (1).»—Desde el siglo XIII, no hay uno solo en que no se haya dictado alguna providencia para poner el derecho natural á cubierto de las ofensas que pudieran inferírsele por parte del derecho positivo. Una ley del Código de Partidas declara de ningun valor las cartas ó privilegios dados contra la fé, contra las leyes y contra el derecho natural (2). La Novísima Recopilacion ha recogido todas esas tradiciones legales, siendo de notar, entre ellas, las siguientes: «Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que la tal carta sea *obedecida y no cumplida*, no embargante que en ella se haga mencion general ó especial de la ley ó fuero ú ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por nos fechas en Córtes con los procuradores y villas de los nuestros reinos.» «No valgan ni se cumplan las reales cartas dadas contra derecho, ley ó fuero usado (3).»—El Código penal vigente declara exentos de responsabilidad criminal á los funcionarios públicos cuando no den cumplimiento á un man-

(1) Córtes de Valladolid de 1420.

(2) «Contra derecho natural non debe valer previllejo nin carta de Emperador, Rey nin otro señor. E si la diese, non debe valer (Part. III, tit. XVIII, leyes 29, 30, 31).»

(3) *Nov. Recop.*, lib. III, tit. IV, ley 2ª y sigs.

dato administrativo que constituya una infraccion manifiesta, clara y terminante de un *precepto constitucional*, y á los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento á un mandato de igual clase, en el que se infrinja manifiesta, clara y terminantemente *cualquier otra ley* (1).

Esa garantía del derecho natural la han encomendado los norte-americanos á los tribunales de justicia, si bien en una forma indirecta: se ha reconocido á los Jueces la facultad de fundar sus sentencias en la Constitucion ántes que en las leyes, y por tanto, de hacer caso omiso y dejar sin aplicacion aquellas que les parezcan inconstitucionales. Que la Asamblea legislativa promulgue una ley ó el Ministerio expida un decreto donde se hiera en alguno de sus más esenciales atributos el derecho de la personalidad ó el derecho de la ciudadanía: el Juez se negará á aplicar esa disposicion, fundándose en que es contraria á la Constitucion; el ciudadano habrá aprendido el modo de sustraerse á su accion; los litigantes no la invocarán en lo sucesivo, viéndolo inútil, y el poder legislativo tendrá que revocarla ó reformar la Constitucion para que quepa dentro de sus moldes. En Europa carecen los tribunales de esa facultad que hace casi omnipotentes á los Jueces norte-americanos, áun en la esfera de la política. Aquellas antiguas leyes españolas son tan vagas, que en la práctica resultan ilusorias; á lo cual contribuye tambien la falta de independencia en los tribunales y de estabilidad en las instituciones, de respeto al derecho en los partidos y de costumbres políticas en el pueblo. En la memoria de todos están recientes y dolorosos sucesos en que se ha visto á Tribunales y á Cuerpos consultivos abdicar de su ministerio protector, abandonar el derecho á merced de la arbitrariedad triunfante, y proclamar doctrinas de circunstancias propicias al despotismo gubernamental, ellos que debieran servirle de freno: ¡cuán pocos imitadores tienen entre nosotros los Papinianos! Un decreto del Gobierno español, expedido en Febrero de 1875, habia llevado la perturbacion al seno de multitud de familias, habia declarado ilegítimos muchos ma-

(1) *Código penal de España*, art. 380. Cf. ibid., art. 381, y art. 8°, § 12.

trimonios constituidos al amparo de la ley de matrimonio civil y de la Constitucion, y legitimado, por el contrario, otros que estas no reconocian, porque no se habian sujetado á sus preceptos: acogiéronse los agraviados á los Tribunales de justicia, pero ¡oh mengua! los Tribunales de justicia dieron la razon al decreto inconstitucional contra la Constitucion y contra el derecho: «el decreto de 9 de Febrero, decia el Tribunal Supremo de Justicia, no puede ser examinado ni juzgado con arreglo á los preceptos consignados en la Constitucion y en las leyes orgánicas del país vigentes en épocas normales, sino como una disposicion adoptada por el Ministerio-regencia, haciendo uso de las facultades que le habia conferido la alta institucion *que entónces asumia los poderes del Estado* (!), por lo cual no puede negarse al citado decreto el carácter de disposicion legislativa, por más que á su formacion no hubiesen concurrido las Córtes, que á la sazon estaban disueltas: en virtud del expresado carácter del decreto de 9 de Febrero, han quedado derogadas las leyes anteriores en todo lo que no fueran conformes sus disposiciones.» La conducta obligada en el presente caso, era la que ha seguido cinco años más tarde, en asunto de mucha ménos trascendencia, negándose á obedecer la Compilacion de Enjuiciamiento criminal, por haberse extralimitado en ella sus autores de las facultades que les habia conferido el poder legislativo.—Una de las razones que justifican y motivan la institucion del jurado, es ésta precisamente: garantir el ejercicio racional y justo del derecho de no obedecer: el jurado, no sólo determina los hechos ó circunstancias de cada caso particular, fijando su naturaleza con relacion al derecho y los medios con que ha de ser éste cumplido, ó en su caso reparado, sino que, además, procura evitar que el *summum jus* se convierta en *summa injuria*, concordar la ley en sus pormenores con la conciencia popular, y llevar la vitalidad de la costumbre y la flexibilidad de la opinion pública al seno de los tribunales, para que no degenere en rígida y abstracta, que es decir en injusta, la aplicacion de las leyes. Y esto, sin distinguir entre las civiles y las criminales: al igual de estas, ofrecen aquellas á cada paso la necesidad de remitir la solucion

del caso debatido al arbitrio judicial, á causa de la complejidad de los hechos, que no caben en el molde siempre angosto de las leyes; preséntanse otras en oposicion con la justicia histórica y con las convicciones comunes de la sociedad, sea por alarde de arbitrariedad ó por defecto de conocimiento y de arte en la autoridad que las dictó, y se hace preciso el concurso del jurado para que apruebe y legitime hechos que tal ley hubiese condenado como anti-jurídicos: así, por ejemplo, es seguro que el decreto citado de 9 de Febrero,—á pesar de la distincion irracional, todavía corriente, entre hecho y derecho,—hubiera quedado letra muerta si hubiesen sido Jurados y no Jueces los llamados á aplicarla.

El derecho de no obedecer ha revestido en la historia formas diversísimas. Apuntaré las dos principales:

1ª *La abstencion ó la resistencia tácita y pasiva* á cumplir lo preceptuado, á obrar en determinado sentido, á satisfacer un impuesto, á prestar al interés de tasa, á no vincular la propiedad, á no usar tal narcótico, á no cultivar tal planta, á no batirse en duelo, etc. Aduciré ejemplos en diversos órdenes de la vida. A causa de la gran escasez de cereales que se sentia en tiempo de Domiciano, dice Suetonio que prohibió este emperador plantar viñas en Italia, y que mandó arrancar las existentes en provincias, sin facultad de conservar más de la mitad. Pero añade el biógrafo que ese decreto no fué observado puntualmente, y que Domiciano toleró la inobservancia, si bien dando por razon á su condescendencia un sueño fantástico; y con efecto, en Antequera se conserva un epígrafe honorario que recuerda á un Publio Magnio Magoniano, quien, entre otros cargos, desempeñó el de «procurador imperial para el fomento y aclimatacion de las vides de Falerno en la Bética,» *procurator Augustalis per Baeticam ad falernas vites vegetandas:* los labradores no protestaron la órden imperial; se contentaron con no cumplirla.—Cuando la conquista de Irlanda por Enrique II, regíanse los irlandeses por costumbres no escritas, comunicadas de unos en otros por tradicion oral, y conocidas con el nombre de *Brehon-law*: el rey Juan fué el primero á decretar que Irlanda se rigiese por las leyes de Ingla-

terra y dejase las suyas, *pro eo quod leges quibus utuntur Hibernici Deo detestabiles existunt et omni juri dissonant.* Enrique III y Eduardo I renovaron la órden con igual resultado: en los últimos años del reinado de Eduardo III, fué otra vez formalmente abolida la Brehon-law, por ser «costumbre detestable,» y sin embargo, todavía seguian juzgando por ella los irlandeses en tiempo de la reina Isabel.—Segun antiguas leyes españolas, que entraron á formar parte de la Novísima Recopilacion, los títulos no registrados no surtian efecto legal alguno, y debian ser tenidos por nulos é ineficaces: la legislacion fiscal posterior á la Novísima ha mandado en repetidas ocasiones inscribir los títulos de propiedad, señalando términos improrogables: en 1845, otra ley volvió á delarar ineficaz todo instrumento no inscrito que contuviese enajenacion ó gravámen de inmuebles ó derechos reales. Pues bien; á pesar de todas las declaraciones y prescripciones de la ley, los títulos de propiedad no se inscribieron, fueron válidos, y produjeron todos sus efectos legales; hubo que prorogar una y otra vez los plazos concedidos con carácter de improrogables, y cuando por vez primera se promulgó la moderna ley Hipotecaria, una Diputacion provincial pedia que no se sujetase á inscripcion los derechos ya adquiridos, sino únicamente los actos y contratos que se celebrasen en lo sucesivo, fundándose para ello en que no habia existido ántes la obligacion de inscribir los títulos de propiedad sino en el caso de que hubieran de ser invocados ante los tribunales: á tal punto habian quedado inobservadas las leyes que imponian el deber de inscribir los títulos en el registro, que ni siquiera memoria se tenía de ellas.—Después de sofocada la insurreccion de París, de Junio de 1834, la policía ordenó á los médicos que denunciasen á los heridos, á quienes prestaban su asistencia: medida tan contraria á los sentimientos de humanidad y á la naturaleza de la profesion médica, fué, como no podia ménos, desobedecida por los médicos y reprobada por la opinion, y el Ministerio hubo de revocarla.—En una circular del Ministerio de Hacienda español (27 de Mayo de 1876) se lee este curioso «Considerando: que el impuesto personal, creado á raíz de 1868, fué rechazado por la

mayoría de los contribuyentes, negándose al pago de sus cuotas respectivas.....»—Este modo de incumplimiento pasivo y de tácita derogacion puede decirse que ha constituido sistema en el período del régimen absoluto: una ley española del siglo pasado dice: «Como quiera que para el buen gobierno y administracion de justicia de estos nuestros Reinos, se han proveido y promulgado diversas Leyes y Pragmáticas, *cuya observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y no la ha tenido como conviene.....»* Esto ha sido regla general bajo el citado régimen. La ley se reputaba como *placitum principis:* el príncipe no era porcion viva de la nacion, ni órgano político suyo: manteníase alejado de ella; no penetraba en las intimidades de su vida, y cerraba los oidos á los clamores que se levantaban del seno de la multitud oprimida y resonaban en las Córtes. El rey y la nacion eran dos términos antagónicos que se repelian mútuamente: el rey desoia las reclamaciones de la nacion (1); la nacion desobedecia los preceptos del rey. A esto se reduce la tan decantada armonía entre la nacion y el trono. Como las leyes no salian inmediatamente del fondo de la conciencia nacional, no nacian viables: llevaban el sello de las genialidades, de las preocupaciones, de los caprichos ó de las conveniencias particulares del imperante: no expresaban un estado social, y la sociedad no las podia asimilar. Unas veces pasaban en medio de la indiferencia del público, que las obedecia, pero no las cumplia: otras admitian infinidad de temperamentos, se hacian elásticas en la práctica, dejando abierta la puerta á casi tantas excepciones como casos particulares se presentaban. Uno de los caractéres más originales de la legislacion del período monárquico-absoluto es: lo numeroso de los edictos y

---

(1) Como lo prueba la insistencia con que se reproducen unos mismos capítulos y peticiones en todas las legislaturas, durante un siglo sin interrupcion: que se prohibiese á las Iglesias el adquirir bienes; que se corrigiese los abusos de la Inquisicion; que los Procuradores no pudiesen recibir mercedes, ni procuraciones de los servidores del Rey; que se prohibiese amayorazgar; que no se impusieran pechos sin consentimiento de las Córtes; que el Rey mandase proveer á los capítulos y peticiones que traian los Procuradores de sus ciudades, y no los dejase sin contestar, pues, de lo contrario, quedaban sin remediar muchas necesidades, etc. El Rey daba á todo la callada por respuesta, ó contestaba evasivamente, ó abiertamente desestimaba lo solicitado, ó accedia á ello y publicaba la ley, pero la dejaba sin cumplir.

pragmáticas reales que quedaron sin observancia desde el nacer, y el abigarrado sistema de excepciones y dispensas, mediante el cual llegaron algunas á ser recibidas y á incorporarse, si bien desfiguradas, en la tradicion. Si nos fijamos, por ejemplo, en España, llama la atencion la circunstancia de que un mismo rey confirme repetidas veces, en años sucesivos, unas mismas leyes, y que sus sucesores sigan confirmándolas; prueba palmaria y concluyente, si otras no hubiese, de que tales leyes no eran obededecidas ni guardadas. El particular que queria eludir una ley, sobornaba á los magistrados inferiores, encargados de hacerlas cumplir, ó solicitaba una cédula de dispensa. Se publicaba, por ejemplo, una pragmática prohibiendo cortar y talar los montes, pero la hacian inútil los alcaldes de Córte, pródigos en despachar dispensas, sin que fuesen parte á impedirlo los procuradores á Córtes, que reclamaban sin cesar, diciendo que eran tantas las cédulas libradas, que en nada impedia la ley que los montes acabaran de destruirse. Mandaba otra ley que se observasen los antiguos ordenamientos sobre exportacion de cosas vedadas, pero á seguida expedian infinitas licencias de saca y autorizaciones para introducir contrabando en el reino, á cambio de cierta cantidad, con lo cual una ley de policía se convertia en arbitrio para el fisco, y en objeto de tráfico para los particulares, que traspasaban las autorizaciones á terceras personas. Quien juzgase del derecho que vivió aquella sociedad por el fárrago de pragmáticas que se despacharon, sufriría un solemne desengaño.

2° Otra forma es lo que podríamos denominar *huelga política, ó administrativa*, ó de otro modo. Hé aquí un ejemplo tomado de la historia de Roma. Con motivo de las guerras promovidas por Tarquino, que pusieron en grave aprieto á la República, el Senado hubo de suspender las leyes contra los insolventes, á fin de que los plebeyos se resolviesen á tomar las armas: miéntras duró la lucha, tuvieron estos sus campos yermos y abandonados, y les fué forzoso contraer deudas á un interés enorme. Cuando pasó el peligro, el desagradecido patriciado restableció las leyes de la prendacion corporal, lle-

vando su rigor y su crueldad hasta el extremo de cargar de cadenas los brazos que acababan de salvar á la República. Este proceder exasperó á la plebe, y la plebe exasperada amenazó con un rompimiento: no quisieron escucharla, y al punto en que se la llamaba nuevamente á la guerra contra los equos, volscos y sabinos, que atacaban la independencia de la patria, exclamó con razon: «Aquí no tenemos patria: dejemos esta ciudad donde somos extranjeros: donde hallemos la libertad, allí estará nuestra patria: *ubi libertas, ibi patria;*» y con efecto, retiróse de Roma, y se dispuso á levantar en frente de ella una nueva ciudad á orillas del Anio, en el monte Aventino. En tan grave aprieto, la nobleza hubo de ceder, perdonó las deudas, y pasó por la creacion de una magistratura popular omnipotente, el tribunado. Este sistema de huelga militar y agrícola (retiradas), practicado diversas veces por los plebeyos, sirvió para arrancar sus privilegios á los patricios, cerrados á todo viento de novedad y á todo acomodamiento legítimo.—Otro ejemplo en más humilde esfera. Hace dos años, el Ayuntamiento de Barcelona insistió en conservar en su presupuesto un tributo suntuario sobre el consumo de gas del alumbrado, que los industriales y comerciantes de aquella ciudad juzgaron no deber aceptar, y entre el Ayuntamiento y los consumidores se entabló una lucha que duró más de medio año, y cuyo principal instrumento fué la huelga. Todos los establecimientos donde se consumia gas, se cerraban al anochecer, y los de comestibles, farmacias y otros, que no podian cerrarse, se alumbraban con candiles, velones, llumaneras, faroles de papel, bujías, cirios y quinqués de petróleo, dándose de baja en la administracion de la sociedad del gas. Las calles, con sólo los mecheros del alumbrado público, parecian oscuras y lúgubres. Los aparatos arrinconados del antiguo sistema de alumbrado, resurgieron á nueva vida, y los lampistas trabajaban incesantemente en colocar otros con que sustituir al gas. Apareció un periódico humorístico, con título de *El Velon*, impreso en papel de estraza, y con fecha de 1809. La autoridad fulminó sus rayos contra la prensa diaria, que se habia asociado á la pasiva protesta de los gremios,

prohibió arbitrariamente, contra la Constitucion y contra las leyes, la venta de periódicos por las calles, y detuvo en la cárcel á los repartidores; pero los comerciantes dieron en envolver los objetos que vendian, en hojas de periódicos, con lo cual resultó doble la tirada de estos. En algunos teatros se cantaban cantares alusivos en que se ridiculizaba el impuesto, y cuando un concejal trataba de impedirlo, imponiendo multas á los actores, la indignacion del público le obligaba á retirarse del edificio. Los teatros que no se habian adherido á la huelga general, y seguian haciendo uso del gas, quedaban desiertos, y otro tanto sucedia con los estancos. Inmenso gentío recibia y vitoreaba en la estacion del ferro-carril á los diputados que en las Córtes habian alzado su voz en defensa de los barceloneses, y 178 coches les acompañaban hasta su casa en muda é imponente manifestacion. Cuando el Ayuntamiento trató de proceder al embargo de bienes para el cobro del impuesto, los industriales y comerciantes se dispusieron á darse de baja en la matrícula de subsidio y cerrar sus establecimientos. La empresa del gas amenazaba con dejar á oscuras la ciudad, si pronto no se resolvia el conflicto: sus acciones sufrieron una depreciacion considerable. Ante esta protesta unánime de una ciudad sensata é ilustrada, y tan populosa, la prudencia aconsejaba poner pronto remedio al conflicto, ó dimitiendo el Ayuntamiento, ó aboliendo el impopular tributo; pero el Ministerio, ante quien se alzaron los consumidores, desestimó el recurso. No pudo, sin embargo, resistir tanto el Ayuntamiento, que no se aviniese á la supresion del impuesto en el presupuesto del año inmediato, con que los consumidores principiaran por encender sus respectivos mecheros y pagasen la cuota del presupuesto corriente, para que no quedase lesionado el principio de autoridad.

Los casos de más difícil solucion son aquellos en que, enfrente de la autoridad, únicamente se encuentra un indivíduo ó una minoría reducidísima. Ilustraré la doctrina expuesta con algunos ejemplos comprendidos en esta categoría, y entresacados de la literatura y de la historia.

1º *Antígone.* Es la figura más noble y más interesante que

registran los fastos de la literatura antigua. Es la piedad filial y la piedad fraternal llevadas al grado más heróico. Arrostra la miseria y el destierro por compartir la trágica suerte de su anciano padre y sostenerle en su inmensa desgracia, y desafía las iras del tirano de Tebas y su sentencia de muerte, por rendir los honores fúnebres al cuerpo insepulto de Polínice. Creon ha prohibido bajo pena de muerte inhumar al desdichado hijo de Edipo, pero la tierna y piadosa Antígone menosprecia el decreto y obedece tan sólo las inspiraciones de su corazon y el imperativo de su deber. Un soldado la sorprende en el instante en que está cubriendo de tierra el cadáver de su hermano, y la lleva á presencia de Creon.

«Centinela. La he cogido inflaganti delito, sepultando el cuerpo de Polínice y contraviniendo tu órden...

»Creon. ¿Confiesas ó niegas haber ejecutado el hecho que te imputan?

»Antígone. Sí, lo confieso, no tengo porqué negarlo.

»Creon. Contesta pronto: ¿sabias que yo lo habia prohibido?

»Antígone. Sí, lo sabia: ¿cómo habia de ignorar tu decreto, siendo, como es, tan público?

»Creon. ¿Y te has atrevido á infringir las leyes?

»Antígone. Es que esas leyes no me las habia revelado Júpiter, ni la Justicia que habita con las divinidades infernales, verdaderos autores de las leyes que reinan sobre todos los humanos. No creia que los decretos de un mortal, cual tú eres, fueran de más valor y hubiesen de prevalecer sobre las leyes no escritas de los dioses inmortales. Leyes que no son de hoy ni de ayer, cuyo orígen nadie conoce, que nunca han principiado á ser. ¿Debia exponerme á la venganza de los dioses, por temor á las amenazas de un hombre? Al obrar como lo he hecho, sabia que me aguardaba la muerte, pero tambien, áun cuando tú no lo hubieras ordenado así, una vez tenía que morir. Considero como una fortuna anticipar la hora; que es la muerte un beneficio para quien como yo ha sido siempre desgraciada. No es, pues, un infortunio para mí la suerte que me reservas; lo hubiera sido, sí, el haber dejado insepulto el cuerpo de mi hermano.....»

Los antiguos moralistas y filósofos se fijaron muy particularmente en este pasaje de Sófocles, y no ha pasado desapercibido á los modernos, que lo han utilizado, al igual de aquellos, para atestiguar la existencia de un derecho natural distinto del derecho positivo, y anterior y superior á él. Así, por ejemplo, Aristósteles asegura que «hay dos clases de leyes, una propia (ἴδιον), otra comun (κοινόν): aquella, la que se dan á sí propios los particulares, y puede ser escrita y no escrita: la otra tiene su raíz en la Naturaleza, pues comun es por naturaleza el sentimiento de lo justo y de lo injusto, y en ello convienen todos, áun cuando no haya mediado comunicacion entre ellos ni intervenido pacto. Cuando la Antígone de Sófocles dice que fué justo sepultar á su hermano, áun cuando estuviese prohibido, da á entender que era justo por naturaleza.» Y á seguida copia los inmortales versos arriba traducidos: οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές... (1). Müller dice, á propósito de este mismo pasaje: «Sófocles se propone principalmente ilustrar esta verdad: que hay algo inviolable y sagrado fuera y por encima del Estado, que el Estado debe respetar; principio que Antígone proclama con una verdad y una grandeza irresistible (2).»

2° *Mauricio y la legion tebana.* Hallándose el emperador Maximino en Octodurum, dispuso solemnes sacrificios á los dioses. Habia entre las legiones una apellidada *tebana*, compuesta de cristianos, en número de 6666. Al recibir la órden, trató de rehuir su cumplimiento, retirándose hácia Agaurum y negándose á obedecer al emperador que les envió un propio para que regresaran. Entónces dispuso diezmarlos, y su disposicion fué ejecutada sin que las víctimas intentaran la más leve resistencia. Terminado este cruento sacrificio, el jefe de la legion, Mauricio, dirigió á sus compañeros este discurso, segun Eucherio, obispo de Lyon: «He temido que alguno de vosotros, á pretexto de defenderse (cosa fácil á soldados armados), intentase rechazar esta dichosa muerte. Estaba

(1) *Rhetor.*, lib. I, cap. XIII. En otro lugar vuelve sobre el mismo tema y ejemplo: «La ley comun no varía jamás, porque es natural, pero las leyes escritas mudan, y en esto está fundado aquel pasaje de Sófocles en que Antigone sostiene que, sepultando á su hermano, obró contra la ley de Creon, mas no contra la ley no—escrita (*Ibid.*, l. I, cap. XV).»

(2) Otf. Müller, *Historia de la Literatura griega.*

dispuesto á oponerme á ello, é imitar á Jesu Cristo, que mandó al apostol volver el acero á su vaina, enseñándonos con esto que la virtud de la confianza cristiana es superior á todas las armas, y que nadie debe oponerse con manos mortales á una empresa inmortal, sino que, por el contrario, debemos terminar la obra principiada, dando perpétuo testimonio de nuestra fé.» Otra vez el emperador intimó á la legion que obedeciese la órden de sacrificar, pero la legion á una voz contestó: «Como soldados, César, te pertenecemos y hemos empuñado las armas en defensa de la república romana; jamás hemos faltado en nuestro puesto ni hecho traicion á nuestros deberes militares, ni merecido nota de cobardes. Tambien en la ocasion presente obedeceriamos tu mandato si, instruidos en la religion cristiana, no tuviéramos el deber de abominar el culto de los demonios y alejarnos de unos altares siempre manchados de sangre. Sabemos que has resuelto deshonrar á los cristianos, haciéndoles cometer sacrilegios, ó diezmándonos, amedrentarnos. No nos busques más, que no nos ocultamos: sábelo de una vez, somos cristianos. En tu poder están nuestros cuerpos, pero careces de toda autoridad sobre nuestras almas, que pertenecen á Cristo su creador.»—Entónces, Exuperio, abanderado de la legion, se dirigió á ella en estos términos: «Hedme aquí, valerosos compañeros de armas, ondear el estandarte de las batallas que hemos reñido por intereses temporales: no estimulo ya vuestro ardôr para ese género de guerras; porque con las espadas que llevais al cinto, no os abrireis el camino del reino celestial.» E inmediatamente envia al emperador el mensage siguiente: «La desesperacion, que suele ser el recurso más eficaz en todos los peligros, no ha armado nuestra diestra contra tí. Ya ves que tenemos las armas en la mano, y sin embargo, no te resistimos, porque preferimos morir inocentes ántes que vencer y vivir culpables. Tus verdugos nos hallarán desarmados, porque arrojamos las armas: únicamente nuestro corazon está armado con la fé cristiana.»—Después de esto, los legionarios presentaron el cuello y el pecho desnudo á los verdugos, y fueron degollados sin exhalar un grito ni una queja.

3º *Vizconde de Ortes.* A las persecuciones legales contra los hugonotes, habian sucedido en Francia, en los infaustos dias de Catalina de Médicis, las persecuciones de la conjuracion y el puñal. Se aproximaba el dia de San Bartolomé de 1572, escogido por el rey Cárlos IX para exterminar á los protestantes de toda Francia. De París se comunicaron órdenes secretas á los gobernadores de provincias, para que en dicho dia degollasen á los hugonotes que residieran en su territorio. Algunos obedecieron la bárbara é inícua órden, y Francia vió teñido su suelo con rios de sangre inocente: otros, como el conde de Tende, Charny, etc., respondieron á los emisarios de la corte, que respetaban demasiado al rey para creer que procediesen de él órdenes tan bárbaras: el vizconde de Ortes, gobernador de la plaza de Bayona, se negó tambien á obedecer, envolviendo su negativa en una delicada súplica, que con razon se ha hecho célebre, y que inmortalizará su nombre en lo futuro. «Señor: he comunicado la órden de V. M. á estos fieles habitantes y á las tropas de la guarnicion; he encontrado en ellos buenos ciudadanos y soldados valientes, pero ningun verdugo. En atencion á esto, así ellos como yo suplicamos humildemente á V. M. que tenga á bien emplear nuestros brazos y nuestras vidas en cosas posibles, por difíciles y peligrosas que sean, que en ellas verteremos hasta la última gota de nuestra sangre.»—Este suceso ha sido invocado alguna vez en España, en lo más recio de sus discordias civiles, tan enconadas y sangrientas durante este siglo. Hé aquí un ejemplo.

4º *Miguel de Córdova.* Uno de los hechos más monstruosos y de más triste resonancia que han acaecido en el curso de esas luchas, ha sido el fusilamiento de María Griñó, madre del cabecilla Cabrera, ordenado por el comandante general de la provincia de Teruel D. Agustin Nogueras, en 1836, en concepto de represalias por los infinitos crímenes que cometian los partidarios del absolutismo, alzados en armas (1), y para

(1) «Todos me cuentan tan mal de mi hijo (decia la infeliz en su prision), tantas son las vidas que tiene á su cargo, que pido encarecidamente al cielo acepte la mia en holocausto, y cambie sus sentimientos por otros más humanos, no permi-

evitar nuevos atentados en lo sucesivo.—«¿Es cierto el aviso que acabo de recibir?» preguntaba el noble D. Miguel de Córdova, alcalde letrado de Tortosa, al gobernador de la plaza.—«Sí, muy cierto, contestó: aquí está la órden de la Capitanía general para la ejecucion de esta desgraciada mujer. El dia 8 fuí invitado á ello por el brigadier Nogueras, y me resistí, porque no me creí facultado para hacer expiar á la madre de Cabrera los hechos de su hijo. ¿Qué haría V. en mi caso, señor alcalde?»—«¡Qué haria? repuso el alcalde con toda la entereza de su carácter, obedeceria, ántes que la órden del Capitan general, las leyes de España, que permiten á una autoridad suspender ciertas disposiciones, aunque sean emanadas del trono, y acudiria al Gobierno Supremo reclamando contra este atentado. Pondria al márgen de la órden la fórmula, *se obedece pero no se cumple.* Si V. no quiere adoptar este medio legal, recuerde lo que el comandante militar de Bayona contestó al recibir la Real órden para degollar á los protestantes el dia de San Bartolomé; y fué decir á su rey Cárlos IX que, ni entre sus fieles súbditos ni entre sus leales soldados habia encontrado verdugos; y tan cruento sacrificio no se consumó. Yo (añadió el alcalde), siguiendo este ejemplo, diria tambien que, ni entre los pacíficos y honrados habitantes de Tortosa, ni entre las beneméritas tropas de su guarnicion habia verdugos para sacrificar á una anciana é inocente mujer, que ignoro haya sido procesada y juzgada, y cuyo único crímen acaso es haber llevado en sus entrañas á Cabrera. Además, nuestras leyes no son las de Dracon, que hacian responsables á los padres de los hechos de sus hijos.» El anciano gobernador calló, y las lágrimas asomaron á sus ojos; pero el alcalde interpretó aquel silencio y aquellas lágrimas como precursoras del tremendo holocausto que se ejecutó cuatro horas después (1).»

5º *El labrador Juan Pascual.* El principio del derecho de no obedecer ha sido siempre popular en España, segun lo de-

tiendo Dios termine su carrera en una hora de impenitencia.» «Un momento de arrepentimiento os pido, Señor, para él (añadia la piadosa mujer), cuando deje de existir, y aqui me teneis sumisa á vuestras órdenes.»

(1) Buenaventura de Córdoba, *Biografía de Cabrera*, apud A. Pirala, ***Historia de la guerra civil***, t. III, p. 126.

muestran, por una parte, las Constituciones revolucionarias de los siglos XIII y XIV, y por otra, el Romancero. «Se debe obedecer al rey en lo justo y advertirle en lo dañoso» (1): tal era su pensamiento, tantas veces reproducido. Aun en la época en que se impusieron é imperaron sobre toda Europa las doctrinas del absolutismo, se atrevieron nuestros dramáticos á desarrollar el delicado tema de la desobediencia, y lo que es más, el del tiranicidio (2). Un drama de Juan de la Hoz presenta al labrador Juan Pascual, personificacion del espíritu de justicia y del buen sentido, conversàndo con el rey D. Pedro de Castilla, que habia penetrado en su morada de incógnito, y reprendiendo con nobles razones su desaforada conducta. El rey se da á conocer, y eleva al franco montañés al cargo de gobernador ó asistente de Sevilla. Llega un dia en que el rey le ordena que dé muerte á la inocente Doña Blanca de Borbon, y el justiciero asistente se niega á obedecer, y hace renuncia de su cargo:

«Juan.—Seis años há ya qué os sirvo—de Asistente de Sevilla,
Y así, humilde, gran señor,—os suplico de rodillas
Proveais en otro el cargo—que más atento le sirva.
Y no admire á Vuestra Alteza—mirar que así me despida;
Que si justicia he de hacer—en ocasion tan precisa,
No quedando Blanca absuelta—no es posible hacer justicia.
Rey.—Vive Dios, que habeis de hacerla—sin que esa razon os sirva.
Juan.—No hacer justicia, señor,—¿es modo de hacer justicia?
Rey.—*La ley de vasallo y noble—á obedecer os obliga.*
Juan.—*Eso es cuando la razon—el dictámen justifica.*
. . . .
Rey.—Obedecerme es servirme.
Juan.—Imposible ya se mira—serviros y obedeceros
En la ocasion referida.
Rey.—¿Por qué?
Juan. —Porque si el serviros—á una injusticia me obliga,
Juro á Dios que es imposible—que en esto obedezca y sirva.

6º *Catedráticos españoles.* En Febrero de 1875 publicó el Gobierno de España un decreto restableciendo el sistema de textos y programas vigente ántes de 1868, con el objeto de velar por la moral y las sanas doctrinas, y una circular á los Rec-

(1) *Romancero general* (Durán), n. 647.
(2) Por ejemplo, Guillem de Castro en su *Amor constante*.

tores de las Universidades, en que se les prevenia «vigilar con el mayor cuidado para que en los establecimientos que dependen de su autoridad no se enseñe nada contrario al dogma católico ni á la sana moral, procurando que los profesores se atengan estrictamente á la explicacion de las asignaturas que les están confiadas, sin extraviar el espíritu docil de la juventud por sendas que conduzcan á funestos errores sociales....., no tolerar por ningun concepto que se explique nada que ataque directa ni indirectamente á la Monarquía constitucional ni al régimen político casi unánimemente proclamado por el país; y proceder sin ningun género de consideracion á la formacion de expediente, si tuviesen noticia de que alguno no reconocia el régimen establecido ó explicaba contra él.»—Multitud de profesores hicieron ver, en respetuosísimas declaraciones los unos, en representaciones duras y casi violentas otros: 1º, que el decreto y circular en cuestion eran contrarios á la Constitucion y á las leyes á la sazon vigentes, y además, atentatorios á la dignidad y á la independencia de juicio que son inherentes á la funcion social del profesor, porque al imponerle taxativamente un programa oficial, le hacen descender de la condicion de científico á la de repetidor, y su funcion, de la condicion de noble y digno ministerio, á la de oficio mecánico y servil: 2º, que no podian en conciencia admitir los límites marcados en la circular por la sana moral, el dogma católico, las verdades sociales y la Monarquía constitucional, porque se verían en la necesidad de ir mudando de criterio á medida que mudase la organizacion política del país ó las opiniones de los Ministros, y de renunciar á sus honradas convicciones sociales y religiosas. Resultado: que, de hecho, tanto el decreto como la circular han sido ineficaces, que el Gobierno se ha resignado á derogar tácitamente las citadas disposiciones, toda vez que el mayor número de los manifestantes continúa en sus puestos, y los que guardaron silencio se han abstenido de cumplirlas, explicando sus asignaturas en la forma misma que lo hacian en pleno período revolucionario, y que esto es público y notorio, como que hasta la prensa ha dado cuenta de lecciones en que abiertamente se infringia la circular de 26 de Fe-

brero, y el Gobierno no ha adoptado medida ni providencia alguna contra los catedráticos infractores (1).

Hasta aquí el hecho cae de lleno dentro de la jurisdiccion del presente libro: lo demás, para otro lugar y para otra ocasion. Por qué uno de los profesores, la más alta personificacion en España, de la virtud y de la sabiduría, fué secuestrado por el Gobierno con circunstancias cuya calificacion hay que remitir á la historia, y otros cuatro, la aristocracia intelectual de nuestra patria, fueron deportados ó encerrados en fortalezas; cómo pudo encontrar el Ministerio dóciles instrumentos de su voluntad entre los colegas y jefes académicos de las víctimas, para sus inauditos atropellos; por qué los Consejos votaron la separacion de unos catedráticos, y ni siquiera formaron expediente á otros, con ser en éstos más calificada la causa que en aquéllos; por qué los favorecidos no han rechazado el favor ni se han hecho solidarios del castigo impuesto por una *falta* que ahora resulta que no lo fué; cómo el Gobierno, cómo el Profesorado, sobrellevan con tranquila conciencia esta dualidad de criterio y de conducta que hiere en lo más sagrado el derecho de la humanidad;—cuentas son ajenas por completo á los propósitos de este Ensayo jurídico, y que deben quedar intactas para que las liquide en su dia la nacion.

32. Facultad de obrar (continuacion). *Cooperacion de los órganos del Estado.*—Para reconocer fuerza de ley á la costumbre, exige Soto, conforme en esto con casi todos los tratadistas de derecho, la aquiescencia ó el consentimiento tácito (*dissimulatio*) del sumo imperante (*supremus Praelatus*) en quien resida el poder legislativo, siendo, en opinion suya, ineficaz el de cualquier otro magistrado ó funcionario. «Quando autem dicimus dissimulationem Praelati in causa esse ut consuetudo lex fiat, intelligitur de illo Praelato qui est legislator; nam et *si Praetor in urbe vel Praelatus conventus aut provinciae dissimulant legum trasgressiones, ejusmodi consue-*

(1) Puede consultarse el importante libro: *Cuestion universitaria. Documentos coleccionados por* ***M. Ruiz*** *de Quevedo*, referentes á los Profesores separados, dimisionarios y suspensos.—Madrid, 1876.

tudo numquam vires legis consequitur, quia non est signum voluntatis supremi Praelati, qui est legislator (1).» Dejando para otro tratado el discutir si en ley de razon es obligado, con efecto, el consentimiento del legislador para la validez de la costumbre, observarémos únicamente en este lugar: 1º que para hacer ejecutivo y viable el hecho proyectado, se requiere muy frecuentemente el concurso, ora activo, ora pasivo, de los delegados inferiores del poder judicial ó del administrativo: 2º que por esto, es condicion esencial, para la consumacion de tal hecho, y por tanto, para el incumplimiento de la ley ó del decreto, ó para su desuso, ó para el establecimiento de la costumbre, la cooperacion de aquellos órganos, ora absteniéndose de obrar en la forma que la ley les ordena, ora contribuyendo activamente al hecho con aquellas solemnidades sin las cuales no pudiera producir sus naturales efectos, y tal vez, ni llegar siquiera á exteriorizarse. Ya hemos visto que, en tiempo del antiguo régimen, las más importantes pragmáticas de los reyes quedaban sin cumplimiento: Mujal investigó detenidamente las causas á que era debido este fenómeno: «¿Cuáles pueden ser, se pregunta, las causas de la inobservancia de las referidas leyes y reales decretos? Dos son, en mi concepto, las principales: es una, la negligencia y omision de algunos superiores en hacer observar lo que el rey ordena y constituye, y el no ser ellos los primeros en el buen ejemplo que deben á sus súbditos de su obedecimiento y observancia (2): 2º La otra consiste en la perniciosa variedad y anchura de opiniones en que unos y otros hallan apoyo para no dar cumplimiento á lo mandado, ó cavilosa y siniestramente interpretarlo» (3).

---

(1) D. Soto, *De justitia et jure.*

(2) «De las negligencias y omisiones en casi toda clase de personas, de los superiores é inferiores, escribió útil tratado, en latin, Bertoni, (*Nota de Mujal*).»

(3) «*Tratado de la observancia y obediencia que se debe á las leyes, pragmáticas-sanciones y Reales decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado monárquico de las costumbres que sin consentimiento del príncipe se introducen en contrario, é interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente, que no depende el valor ó fuerza de la ley del Soberano, de la aceptacion de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla,*» por Don Juan Antonio Mujal, catedrático de la Universidad de Cervera. Madrid, 1774, página 134.

Prescindiendo, pues, de los poderes legislativo y regulador, afirmaremos en este lugar que basta casi siempre el concurso, y por decirlo así, la complicidad de los órganos inferiores del Estado oficial, para que el hecho, aunque sea contra ley, se perfeccione y consuma, la desobediencia quede legitimada, y mantenido el anterior estado de derecho contra el nuevo que el precepto injusto trataba de hacer prevalecer. Algunos ejemplos harán patente esta aseveracion.

Una ley del Fuero Real (8ª, tít. v, lib. III) niega á las mujeres el derecho de ser «cabezaleras de testamento,» esto es, albaceas ó testamentarias: contra tan terminante disposicion, un testador hubo de nombrar un dia por albacea á una mujer: es óbvio que esta institucion no podia ser ejecutiva sino á condicion de que el juez desoyese el precepto del legislador y atendiese únicamente á principios de equidad, amparándose en una razon de analogía, ó invocando como precedente algun hecho acaecido con anterioridad y en que no tuvo participacion el juez, ó ideando alguna ficcion jurídica ó algun otro medio de derecho con qué acallar los escrúpulos de su conciencia legal, aparentando dejar incólume la ley; etc. Con esto, pudo ya llevarse á cabo el hecho, y ese hecho sirvió como de troquel para todos los subsiguientes. Así ha nacido una costumbre contra ley, que todavía rige en nuestro tiempo. Pues de igual modo caeria en desuso la famosa ley 61 de Toro, si el Tribunal Supremo autorizase con su aquiescencia las renuncias ilegales que los interesados hacen constantemente de ella.—Nuestras leyes reconocen á todo hombre el derecho de usar las aguas pluviales como cosa *nullius*, pero no establecen órden alguno de preferencia cuando dos pretenden el uso de la llovida en una misma superficie: sucede repetidas veces que el dueño de un predio superior y el de otro predio inferior pretenden utilizar el agua que cae en el primero: recógela el dueño de él, y la opinion se pone de parte suya; pero el segundo le turba en la posesion, apoyándose en el juicio de algunos que estiman su derecho preferente. Hé aquí un hecho jurídico que el dueño del agua por derecho natural no podia llevar á cumplido efecto, miéntras el juez, haciéndose eco de

la opinion más acreditada, no inclinó la balanza de la justicia en favor suyo, en virtud de las facultades inherentes á su ministerio. Así ha nacido en España otra costumbre.—La ley Hipotecaria no admite hipoteca legal de los bienes de la mujer en favor del marido, porque está hecha en vista de la legislacion civil de Castilla, y segun esta legislacion, esa hipoteca es innecesaria, y tal vez hasta imposible; pero existe en Aragon un régimen consuetudinario de bienes que hace necesaria algunas veces dicha hipoteca para garantizar al marido ó á los parientes del marido la legítima ó el capital que éste aporta á la casa de una heredera con quien contrae matrimonio; y con efecto, los contrayentes la establecen en la escritura nupcial: si el Registrador procede de alguna provincia de derecho castellano, y mira la ley Hipotecaria como una especie de Biblia protestante, que no tolera notas, semejante hipoteca no pasa, y el hecho pactado por los cónyuges queda ineficaz: si el Registrador es ménos timorato, admite á inscripcion la tal hipoteca, interpretando extensivamente la ley, hasta abrazar dentro de sus términos el antiguo *aseguramiento* alto-aragonés, y el hecho se perfecciona.—Pues todavía es más esencial, si cabe, la cooperacion activa de los órganos inferiores del poder, en otro órden de hechos sobrado frecuentes: en la division y adjudicacion de herencias intestadas. Cuando sobreviene un intestado en familias de escaso patrimonio (únicas en que este caso suele presentarse), los herederos legítimos se encuentran imposibilitados de sufragar los gastos que lleva consigo la tramitacion prescrita por las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento, la protocolizacion de los autos, el devengo subsiguiente del impuesto de trasmision de bienes, y la inscripcion en el Registro; por cuyo motivo, suele decirse en el Alto-Aragon que aquellas leyes sirven de garantía á los ricos, pero desamparan á los pobres, y que á causa de su misma rigidez igualitaria, reparten el derecho desigualmente, y lo ponen fuera del alcance de los más débiles, negándoles indirectamente la titulacion legal de sus bienes, y consiguientemente, la facultad de asegurarlos. Para obviar este obstáculo, ya que derribarlo no les era posible, los interesados han discurrido un

medio ingenioso, que les permita ejecutar aquel acto y ponerlo á la sombra de la ley, sin que en él intervenga Juez, Notario, Registrador ni Liquidador del impuesto, pero que resultaria ineficaz y de imposible realizacion sin el concurso ó la condescendencia de las autoridades municipales. Esta condescendencia es una condicion esencial para que la combinacion proyectada pueda convertirse en un hecho, hecho contra ley. Cuando no se reparten los herederos legítimos el patrimonio privadamente, y el Ayuntamiento no altera las inscripciones del amillaramiento por el sólo dicho de aquellos, ó por el simple conocimiento que tiene del hecho (informalidad que, segun parece, se comete con más frecuencia de lo que pudiera creerse, pudiendo repetirse hoy aún cuanto acerca de este extremo declaraba el Ministro de Hacienda en Orden de 10 de Diciembre de 1869), proceden del siguiente modo: simulan una discordia, y solicitan acto de conciliacion; el Juez municipal, de ordinario lego en materias de derecho, manda citar las partes, y se afana por traerlas á términos de avenencia: no tiene que esforzarse mucho para conseguirlo: se entienden, y acuerdan una division de bienes: se hacen constar en el acta los términos de esa division, y el Secretario del Ayuntamiento la admite, comó si fuese documento público traslativo de dominio é inscrito en el Registro, para inscribir en el amillaramiento los bienes del causante á nombre de los causa-habientes: luego, cuando tienen necesidad de trasmitir alguno de sus inmuebles, instan expediente judicial de posesion, remontando tal vez la adquisicion á fecha en que no devengaban las herencias el impuesto de trasmision de bienes (pues sobran do quiera testigos que no titubean ante el perjurio, mayormente cuando se trata de defraudar al Tesoro público); y ya tienen con esto título suficiente para obtener inscripcion de posesion, otorgar escritura de compra-venta é inscribirla en el Registro (1.)

Cuando en 1870 se promulgó en España una ley de Matri-

---

(1) *Derecho consuetudinario del Alto Aragon*, cap. v.

monio civil, que restituia á la madre de familia, para el caso de faltar el padre, la patria potestad que le habian reconocido los fueros de la Edad Media, la opinion entendió que tal disposicion debia tener efecto retroactivo, que no hacia distincion entre las madres que habian enviudado con anterioridad á la ley y las que enviudaran después de su publicacion: pero no bastaba que lo entendiese la opinion; era menester que los notarios aceptasen esa interpretacion del sentido comun, á fin de que las madres pudieran otorgar las escrituras y celebrar los contratos á que la autoridad paterna les daba derecho, en representacion de sus hijos, sin prévia autorizacion judicial; que los Registradores de la propiedad admitiesen á inscripcion tales documentos, y que los Juzgados y Audiencias no les opusieran el veto, cuando algun litigio se suscitase y ventilase en sus estrados. Ahora bien, y esto pone de relieve hasta qué punto es esencial la cooperacion de los órganos inferiores del Estado en la ejecucion exterior de los hechos de derecho: la mayor parte de los Colegios notariales y de los Registros adoptaron el criterio de aplicar la ley de Matrimonio civil indistintamente á todas las madres viudas, así hubiesen adquirido este estado ántes ó después de la promulgacion de la ley; y de la propia manera, consideraron capaces para contratar sin intervencion del padre á los hijos solteros mayores de 25 años; pero en los Tribunales hubo gran divergencia de opiniones, y miéntras que en unas Audiencias se reconocia á las viudas que lo eran desde ántes de 1870 la patria potestad y la facultad de contratar libremente en representacion de sus hijos, en otras era negada tal investidura, viéndose incapacitadas de ejecutar los mismos actos que otras viudas sin ningun género de trabas ejecutaban: una misma viuda podia ejercer los derechos anejos á la patria potestad en un juzgado, miéntras que en otro se la tenía en calidad de simple tutora ó curadora: de un mismo Tribunal,—el Tribunal Supremo,—con intervalo sólo de dos meses, emanaban dos circulares contradictorias, una en que el Fiscal ordenaba á los delegados del ministerio público apelar ó recurrir de cuantas providencias se dictasen por los Juzgados ó Audiencias, conformes con la

interpretacion extensiva que daba retroactividad en aquel efecto á la ley de Matrimonio civil, y otra en que se les mandaba, por el contrario, aceptar esa doctrina y sostenerla como la recta y genuina, y por consiguiente, desistir de los recursos que hubiesen interpuesto.

Algunas veces, la condescendencia de las autoridades inferiores en materia de incumplimiento de las leyes, es una condescendencia criminal, porque fomenta los delitos con la certeza de la impunidad. Tal sucede, por ejemplo, en España, con las leyes penales y procesales que reprimen los juegos de envite y azar, tan ruinosos para las familias y para la moral pública: esas leyes los definen como delito, la sociedad lo anatematiza y reprueba; pero como no le acompaña la infamia ante la opinion como á los demás delitos, depende exclusivamente de las autoridades el que aquellas leyes sean ó no cumplidas, y de hecho, sea por la calidad de los delincuentes, sea por laxitud de conciencia, ó por los emolumentos secretos que tal vez proporciona, ó por indiferencia del público, ó por otras causas, la policía, y sus jefes los gobernadores, se cruzan de brazos, y el Ministerio fiscal no se resuelve á salir de su actitud pasiva y expectante, por más que la prensa clama contra el escándalo y se constituye en noble delatora del odioso vicio, y en un como ministerio fiscal adventicio, por más que, como sucede algunas veces, el Ministro de la Gobernacion y el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia dirijan circulares á sus subordinados recordándoles sus obligaciones en ese respecto. De donde resulta que un delito que con tanta frecuencia se comete, muy rara vez da pié á la instruccion de un proceso, y ménos á la imposicion de una pena, y que los intereses morales que aquellas leyes garantizan, queden indefensos, no obstante los buenos propósitos de los poderes supremos.

Y esto que sucede con los hechos de la sociedad respecto de los delegados inferiores del Estado oficial, se repite con los hechos de estos respecto de sus superiores jerárquicos: tambien es requisito esencial de tales hechos la cooperacion activa ó pasiva de estos. Un ejemplo. Está declarado por el Ministerio

de Hacienda de España que los heredamientos universales de Aragon y Cataluña, hechos con motivo ó por razon de matrimonio,—en los cuales la trasmision es condicional, pues depende de que el instituyente fallezca ántes que el instituido,—devengan el impuesto de derechos reales y trasmision de bienes, no á la época del otorgamiento, sino á la del fallecimiento, á ménos, por supuesto, de que el heredero adquiera desde luégo el dominio directo ó útil de los mismos, de modo que pueda disponer de ellos ó del usufructo (1); pero las dificultades con que han tropezado en la aplicacion los liquidadores del impuesto, han sugerido en algunas provincias la práctica de liquidarlo y exigirlo al tiempo ya de la institucion, contra lo que terminantemente preceptúan las disposiciones citadas: este hecho de los registradores-liquidadores, para causar estado, ha requerido la cooperacion de los oficiales letrados, como superiores inmediatos jerárquicos de las oficinas liquidadoras, á quienes compete procurar la debida y exacta gestion del impuesto, y examinar y censurar las operaciones de aquellos funcionarios. Cuando regía el impuesto provisional del 10 por 100 sobre los beneficios ó intereses percibidos por préstamos hipotecarios, estaba mandado que se exigiera por trimestres anticipados sin derecho á devolucion (2); mas para facilitar las operaciones, y sobre todo, para evitar ocultaciones y fraudes, las administraciones económicas de las provincias dieron en hacer efectivo el impuesto al tiempo de la cancelacion: aquí fué menester que autorizase la práctica, y áun cooperase á ella en los casos de apelacion, la Direccion General de Contribuciones, á quien incumbe cuidar de que se cumplan y hagan cumplir las disposiciones oficiales referentes al impuesto, uniformar la práctica de la liquidacion, etc.—Otro ejemplo, en el órden judicial. La ley 1ª de Toro (3) establece que, cuando ocurra alguna duda en cuanto á la interpretacion y declaracion de cual-

(1) Real órden de 30 Abril 1852; R. O. de 18 Mayo 1850; Resol. de la Direccion de Contrib. de 7 de Diciembre de 1867.

(2) Art. 32 del Reglamento de 14 de Enero de 1873.

(3) *Nov. Rec.*, ley 3ª, tit. II, lib. III.

quier ley de Ordenamiento, Fuero ó Partida, recurran al rey para su auténtica interpretacion. Observóse durante mucho tiempo, pero no tardó en caer en desuso; con lo cual, y no siendo práctica ni precepto legal fundamentar las sentencias, eran á veces entendidas y aplicadas las leyes en opuesto sentido: esto no obstante, de tal modo se generalizó la costumbre, que quedó sancionado por virtud de ella el principio de que en ningun caso debe abstenerse el juez de fallar, por mucha que sea la oscuridad de las leyes ó muy notada su omision; cuya doctrina ha pasado á ser ley en los Códigos penal y procesal. Es evidente que los tribunales inferiores no hubieran podido ejecutar ese hecho ni introducir esa costumbre, ni elevar á categoría de doctrina legal ese principio de derecho natural, á no haber cooperado con su aquiescencia y adhesion los tribunales de apelacion.—En el último tercio del siglo pasado dictóse en Hesse-Darmstad una ley, por virtud de la cual, el judío que hubiese tenido trato ilícito con una cristiana, era condenado á muerte: cuando tal caso se presentaba, era deber de conciencia en el juez eludir la ley por medio de una ficcion, ó de una distincion de derecho, ó de otro modo, pero, además, que el tribunal superior cooperase á la sentencia confirmándola, haciéndose cómplice de la interpretacion evasiva del inferior: sólo con esta condicion, el primer hecho, teóricamente planteado por un tribunal, pudo salir á luz y causar estado, y servir de precedente al desuso, ó más bien á la inobservancia de tan inícua y brutal disposicion. — Y esto que vemos dentro de un mismo poder, entre los órganos inferiores y los superiores, se observa asimismo dentro del Estado oficial entre el poder legislativo y el judicial, entre el legislativo y el regulador, entre el judicial y el ejecutivo. El hecho concebido é instado por las Córtes españolas de los siglos XVI y XVII (que no se legislase sin su acuerdo, que no se exigiesen tributos no votados por ellas, etc.) no pudo llegar nunca á hecho efectivo, porque les faltó la cooperacion del poder supremo, que desoia sus legítimos votos. Cuando, en 9 de Febrero de 1875, el Ministerio ejecutivo de España declaró por decreto que surtieran efecto desde su celebracion los matrimonios contraidos canónicamente,

con desprecio de lo preceptuado en la ley de matrimonio civil, no hubiese logrado ver realizado su propósito, si los juzgados y tribunales, inspirándose en el ejemplo de los jueces norte-americanos, hubiesen declarado ilegítima la prole nacida de tales uniones meramente canónicas, sin hacer caso de un decreto inconstitucional. Los actos ejecutados por notarios, registradores y juzgados, declaraciones de derechos, testimonios de compra-ventas, inscripciones de escrituras y liquidaciones de impuestos, etc., con el criterio de que la ley de matrimonio civil retrotraia sus efectos á las madres que hubiesen enviudado ántes de su publicacion, no eran actos perfectos, y quedaban puestos en tela de juicio desde el momento que cinco años después, el Tribunal Supremo de Justicia, soberano regulador de la jurisprudencia, fallaba contra uno de esos actos y se pronunciaba en el fallo contra la retroaccion (1).

33. Facultad de obrar (continuacion).—*Reivindicacion teórica de esta libertad.*—Miéntras el propósito injusto de la autoridad no salga de la esfera, por decirlo así, teórica, miéntras sus delegados ejecutores hagan caso omiso de ella ó dejen obrar como si no existiera, hemos dicho que la protesta y la revolucion serían injustas y contraproducentes, que basta hacer uso del derecho de no obedecer; pero desde el momento en que la autoridad se empeña en hacer ejecutivo su precepto, ó castiga la inaccion del que resiste su cumplimiento, ú oprime á la multitud, ó se niega á escuchar sus votos, ó descuida la satisfaccion de sus necesidades en cuanto de la accion política ó administrativa dependen, el silencio deja de ser lícito, y la tolerancia pasiva tendría algo más que apariencias de complicidad. No es éste todavía suficiente motivo para remover violentamente la autoridad, por las mismas razones que aduje á propósito del derecho á la desobediençia: la autoridad debe ser rogada y advertida por los múltiples organos de la opinion: acaso reconozca su error ó su obcecacion, y el hecho jurídico

(1) Sentencia de 19 de Junio de 18[illegible]

pueda realizarse normalmente, sin necesidad de comprometer en una lucha de dudoso éxito los intereses de la paz y de la civilizacion. Esta medida de prudencia, aconsejada por la sana razon comun, lleva además la recomendacion de la historia: la humanidad, ántes de lanzarse por los rumbos de lo desconocido, apura todos los medios, respeta por instinto la autoridad, repugna el empleo de la fuerza, teme y vacila mucho ántes de resolverse á practicar los procedimientos de la violencia: entre el estado de paz y el de revolucion, se extiende una larga cadena de estados intermedios, que dan tiempo á la autoridad para apreciar el estado de la opinion y reconocer la série de lamentables equivocaciones que han engendrado aquel estado de desequilibrio, y le abren caminos para conjurar la tormenta, cediendo, ó transigiendo, ó haciendo renuncia del poder público que ejerce. Á ninguna persona medianamente avisada puede cogerle desprevenida una revolucion: alegar ignorancia á seguida de uno de esos hechos, sería risible candidez.

Pudiera desarrollar muchos ejemplos en comprobacion de esta tésis, como el período preliminar de peticiones y advertencias en diversas formas, y con muchos años de intervalo, que precedió á la insurreccion de Flándes contra España en el siglo XVI, y que acabó por la proclamacion de independencia de aquel Estado; lo que aconteció ántes de que se levantasen en armas los moriscos de la Península contra el soberano español que les obligaba á mudar en un dia todo su sér, faltando á las más elementales nociones de la justicia: en la América del Norte, ántes de que estallase aquella memorable revolucion, en que perdió Inglaterra una vasta colonia y ganó la humanidad una grandiosa democracia; en el prólogo de la Revolucion francesa, que tantos males ha atraido sobre la Europa; y viniendo á dias más cercanos á los nuestros, y á hechos de ménos resonancia, los consejos y representaciones sin cuento, dirigidos en 1877 al presidente de la República francesa, mariscal Mac-Mahon, y en el mismo año y después al rey de España, por todos los partidos legales de oposicion, incluso los más conservadores, para que imprimiesen distintos rumbos á la política, atendiendo al voto ardiente de la opinion y al esta-

do deplorable del país, y haciendo ver en lontananza gravísimos conflictos de órden público si se persistia en los procederes egoistas de la política imperante: si no estalló la revolucion en Francia, debido fué á la sensatez y á la paciencia de aquel pueblo, maduro ya para la vida ordenada de la democracia, y á que el Jefe del Estado cedió al cabo en sus resistencias, y reconoció su ineptitud para tan elevada magistratura, la más difícil de todas en un Estado constitucional. Dejando á un lado todos estos ejemplos, me fijaré en dos tan sólo, uno antiguo, la revolucion de Flándes en el siglo XVI, y otro á cuyo desarrollo estamos asistiendo, el prólogo de la revolucion de Rusia.

Los nobles flamencos escribian con grandes instancias al rey para que separase á Granvela de la gobernacion del país, que lo odiaba á muerte, y dejara tan sólo á la princesa Margarita, augurando grandes males si no se hacía: rogábanle una y otra vez que no estableciese la Inquisicion, y una vez establecida, que la removiese: acometia el pueblo á los verdugos del Santo Oficio, y arrancaba de sus manos las víctimas, camino ya del sacrificio: la gobernadora opinaba que, con la obstinacion del rey, España perdia irremisiblemente el país: carteles, pasquines y proclamas incendiarias circulaban por todas partes: sucedíanse unas á otras las peticiones: los gobernadores y magistrados de las provincias se negaban á contribuir á la infame quema de heterodoxos: la juventud se confederaba en el famoso compromiso de Breda: los más adictos á España reconocian que el único modo de conjurar la revolucion que se venia encima á toda prisa, era abolir la Inquisicion y moderar el rigor de los edictos de persecucion: trescientos caballeros acudian en representacion de las provincias, ante la gobernadora, con un memorial en el mismo sentido: comisionados vinieron al rey con igual pretension: todo inútil. La tempestad empezó á tomar forma: reuniones populares de hasta 16.000 personas: procesiones por las calles cantando los salmos de David con la glosa luterana, etc.; y por último, no lográndose ni áun así el remedio solicitado con tanta persistencia como justicia, invasion de los templos y conventos por bandas de protestantes, saqueos, incendios, sacrilegios, atropellos, vanda-

lismo, todos los horrores que acompañan al estallido de una revolucion, por largo tiempo comprimida.

No faltaron las peticiones y advertencias en el prólogo de la revolucion francesa, que tantos males ha atraido sobre la Europa. Y nosotros mismos estamos asistiendo al espectáculo de una sociedad tiranizada por una autocracia ciega y corruptora, que pugna por apartar de sus lábios el cáliz amargo de la revolucion á que el Gobierno insensatamente la empuja con sus torpezas. Proyecta hechos sociales en que exteriorizar los ideales que bullen en su mente, y satisfacer las necesidades que ántes no sintió, pero que ahora siente: el temor y la fuerza comprimen esa idea interior y le impiden obrar, y la sociedad pide al supremo depositario del poder que cese en su resistencia, y atienda sus votos, y abra nuevos cáuces á la actividad, que no cabe ya en los antiguos, y amenaza desbordarse y envolver en sus propias ruinas al imperio. La sociedad rusa ha experimentado en todo su sér un cambio profundo: con hallarse situada en uno de los extremos más apartados del continente, no ha podido sustraerse al influjo avasallador de la civilizacion europea. Las reformas trascendentalísimas que introdujo Alejandro II, actualmente reinante, la abolicion de la servidumbre, el establecimiento de los zemtsvos, el jurado, la difusion de la enseñanza, etc., por lógica necesidad debian traer otras consigo que armonizasen el organismo social de Rusia con el de las demás naciones de Europa, y esto es lo que no acaban de comprender los gobernantes, y por esto resisten con una tenacidad digna de más noble y justa causa. Desde que, en el siglo xv, el pueblo ruso reedificaba por suscricion nacional el palacio de Invierno del emperador, que un incendio habia destruido, hasta el año de 1880, en que un partido popular lo vuela por medio de una mina, con propósito de soterrar con la persona del emperador su aborrecida tiranía, media todo un abismo que ningun poder de la tierra es capaz de cegar. La abolicion de la servidumbre ha causado dos efectos, principalmente: uno, inocular gérmenes de libertad, que forzosamente debian desarrollarse, en cuarenta millones de súbditos emancipados: otro, empobrecer á una gran

parte de la nobleza, la cual se ha visto con esto obligada á dedicarse á las empresas industriales, y en ocasion de experimentar los beneficios de la libertad, y sentir con más violencia las ignominias del absolutismo. Así se explica la súplica dirigida no há mucho al Czar por la nobleza de Tula, para que convocase un Parlamento nacional, invocando al efecto el ejemplo dado por el fundador de la dinastía de los Romanoff. La creacion de los zemtsvos, especie de asambleas provinciales de eleccion popular, y de las comisiones ejecutivas emanadas de su seno, debia inspirar á la clase media deseos vivos de convertir en políticas sus atribuciones, que hasta el presente son exclusivamente administrativas, y de constituir un Zemtsvo ó Parlamento central que fuese el eco de todas las aspiraciones del pueblo ruso: así ha surgido del seno de estas asambleas un partido numeroso, sensato, cuerdo y nada exajerado, que ve con disgusto la desatentada marcha emprendida por el gobierno, y que anhela ver aceptado un régimen expansivo donde tengan cabida todos los intereses, y voz todas las aspiraciones legítimas. El desarrollo de los estudios superiores sin haberles impreso una direccion práctica que abriese horizontes y un porvenir digno y desahogado á sus cultivadores, y el influjo social y político que se otorga al saber en las naciones regidas por instituciones progresivas, debia producir legiones de descontentos, dispuestos á recibir con aplauso cualquier movimiento revolucionario, y áun á fomentarlo ó á cooperar abiertamente á él. Ahora bien, las aspiraciones sensatas de las clases ilustradas, representadas en los zemtsvos, tan largo tiempo comprimidas, han principiado á manifestarse de un modo ostensible, no bien ha terminado la guerra con Turquía, en forma de peticiones dignas y reverentes al Czar, al mismo tiempo que de proclamas y anuncios amenazadores procedentes del partido lanzado francamente en el camino de la revolucion. Las medidas represivas, dicen en sustancia los zemtsvos al Czar, por mucho que se extremen, no lograrán calmar el ánsia de reformas que devora al pueblo ruso: las ideas que dan vida á las conspiraciones, y áun á los crímenes, de los revolucionarios, no desaparecerán con medidas que tiendan á

extirparlas, sino suprimiendo las condiciones que favorecen su desarrollo; no persiguiendo implacablemente á los individuos que las propalan, porque es inútil, y el puesto de uno que queda vacío, corren al punto otros muchos á disputárselo. El mal está en la ausencia de libertad de comunicacion y en la falta de respeto á la ley. La sociedad rusa no encuentra garantías en la ley contra los abusos del poder. Por otra parte, la opinion carece de órganos, porque no se le consienten, con lo cual, ni puede ser conocida, ni irse formando lentamente por procedimientos regulares, ni ser eficaz para refrenar las tendencias anárquicas de una minoría demente. La prensa amordazada, á quien se niega el derecho de criticar libremente las opiniones de las escuelas y partidos, y con más razon los actos del Gobierno, se venga lanzándose por caminos vedados, concitando las pasiones, abandonando el noble palenque de las ideas y del progreso pacífico, y no preocupándose lo más mínimo de despertar el instinto de la conservacion, ni de medir el alcance de los peligros que puedan trastornar el órden social. Un pueblo tan valiente, y que tantos sacrificios ha hecho por el bienestar público, viene á ser instrumento mudo de la autoridad: se le prohibe pensar y manifestar su opinion sobre aquello que más le interesa: forma una excepcion lamentable en el concierto de las naciones europeas, con ser tan capaz como éstas de civilizacion y de progreso, y mucho más que aquellas á quienes acaban de emancipar por la fuerza de las armas. Piden que se les reconozca el derecho de disponer de su porvenir, inherente á la humana naturaleza, y apelan á la generosidad del Czar para que les conceda á ellos la libertad que le han debido los búlgaros.—Estas razonadas y modestas peticiones de los zemtsvos fueron heridas con el anatema imperial, y su circulacion prohibida en todo el imperio: las hubo que ni llegar siquiera á su destino les fué posible: ¡triste sino el de la monarquía! Europa conoce las peticiones, y no las conoce el Czar. Tan desatentada conducta debia producir, como era natural, la exacerbacion del espíritu nihilista y demoledor, y de la guerra á muerte que las sociedades secretas tienen declarada á todo lo existente. De cuando en cuando, llega

á manos del Czar una proclama en que se le amenaza de muerte si no hace entrega de la autoridad despótica que ejerce, en una Asamblea constituida por sufragio universal, y se le promete dejarlo en paz y perdonarle los agravios que ha inferido al pueblo, si le restituye los derechos que le tiene usurpados. Recrudécense las persecuciones: á poco circula la noticia de un atentado contra la vida del Czar. Otra vez sale á luz el programa de reformas políticas reclamadas por el partido revolucionario nihilista: libertad de cultos, de reunion y de imprenta, sufragio universal, Asamblea constituyente, selfgovernement, autonomía provincial, supresion del pasaporte, etcétera: caen nuevas víctimas de una y otra parte: inténtase nuevo golpe contra la familia imperial; y de este modo, yendo por un lado el Estado oficial, y por otro la sociedad, se caldean los ánimos, y se fragua el rayo que ha de estallar el dia no lejano de una revolucion apocalíptica. Suplicios, ejecuciociones sangrientas y deportaciones á Siberia, no ya de obreros fanatizados, sino de gentes ilustradas, por una parte; sociedades secretas y asesinatos políticos, por otra: tales son los medios perversos con que se desarrolla esa lucha fratricida por la existencia del derecho, en que, de un lado, se amontonan obstáculos para que no salga á luz el hecho jurídico que ha terminado su gestacion interior, y de otro, se pugna valerosamente, con las fuerzas que presta la desesperacion, por removerlos. Puede decirse sin metáfora que la Rusia encierra en su seno dos gobiernos: uno, el despótico del Czar, que obra á la luz del dia, con todo el prestigio y la fuerza que acompañan á la tradicion: otro, el revolucionario, oculto y terrible, que posee una prensa para su propaganda, gaceta oficial, comité ejecutivo, especie de tribunal de sangre que condena, brazos que ejecutan, presupuesto, agentes que hieren en la sombra, proclamas que penetran por modo misterioso en los cuarteles, en las oficinas, en las habitaciones del emperador, terrible poder, que engancha sus soldados en las Universidades, en el clero, en el ejército, en las fábricas, en el cuerpo de policía, en la servidumbre misma del emperador, y que á altos dignatarios del imperio los obliga con sus terribles amenazas á dimitir

sus cargos oficiales. La masa del pueblo no pertenece á la secta, pero no persigue á los afiliados, y ántes bien, los oculta ó los ayuda á escapar. Tratándose de una lucha tan desigual y de una raza tan jóven, tan soñadora, y tan vírgen de tradiciones liberales, como la raza rusa, sus reivindicaciones debian revestir formas originales, distintas de las de los pueblos latinos. De ahí esos atentados horribles, que aventajan en lo audaz y en lo jigantesco á cuanto ha presenciado la historia hasta el presente día, esas monstruosas palingenesias, esos ideales caóticos de desmoronamiento y renovacion universal, que recuerdan las teogonias indias, esa lucha sorda é implacable contra el poder supremo del Estado, que promete cesar tan pronto como éste quiera pronunciar un *fiat* salvador, y que reviste á las veces una grandiosidad verdaderamente épica.—Para que nada falte, á las reverentes exposiciones de los zemtsvos y á los manifiestos amenazadores del nihilismo, se unen los advertimientos imparciales y desinteresados de la prensa europea, sin excluir la más conservadora, sobre todo, de la inglesa y austriaca, que no ven otro camino viable para calmar la agitacion de aquel hervidero de odios y pasiones, y poner fin á los crímenes políticos de los nihilistas, que la concesion de las libertades tan justamente reclamadas por los rusos. «La política de Gortschakoff é Ignatieff, dicen á coro, no sanará los males del imperio: el pueblo, obligado á callar, acude á la conjuracion, y esto hace al gobierno de los nihilistas más poderoso y temible que la misma seccion tercera de la Cancillería imperial: el despotismo ha depravado los caractéres y corrompido las nociones acerca del valor moral de los medios: ó el Czar cede, ó estallará la revolucion más formidable que ha visto Europa: liberalícese, permita el acceso de las clases medias á la gestion de los negocios públicos, y entónces se hará patente cuán deleznable base tiene, y cuán escaso poder, el nihilismo; que si hoy se presenta tan temible, es porque las clases ilustradas, á quienes no se da participacion en el poder, ven con indiferencia esa lucha que no se dirige contra ellas, sino contra el enemigo de su libertad natural y de su dignidad (1).»

---

(1) Los hechos han venido á confirmar estas razonables previsiones. Maravilla

He descrito el estado de inquietud y de tirantez que media entre la reivindicacion teórica y la reivindicacion práctica de la libertad de obrar, y que debe servir de nuncio y avisador al poder que no supo prevenirlo á tiempo. Adelantemos un paso más en este largo proceso del hecho jurídico, que nos va dando á conocer la elaboración interna de la costumbre, cuya génesis exterior estudiaremos en breve.

34. Facultad de obrar (continuacion).—*Reivindicacion práctica de la libertad.*—A la peticion sucede la protesta: la protesta es la primera voz de la revolucion; y la revolucion es la fuerza puesta al servicio del derecho enfrente de la fuerza puesta al servicio de la injusticia. El Derecho es objeto de sí mismo: la revolucion es una de las formas que reviste el «derecho que tiene á defenderse el Derecho» contra toda agresion exterior y contra toda causa morbosa que amenace interiormente su existencia. Como el hombre no es señor del derecho, sino súbdito suyo, no puede renunciarlo, que sería renunciar á alguno de sus fines esenciales ó á alguno de los fines de la sociedad. Cuando el poder oficial no acierta á interpretar las necesidades y los deseos de la multitud, ó equi-

---

el cambio operado en Rusia, en obra de meses, por la sola virtud de la fé en el porvenir que ha sabido inspirarle un hombre. La caida de Gurko y la dictadura de Loris Melikoff, notado de tendencias liberales, y los rumores de que proyectaba, de acuerdo con el heredero de la Corona, reformas trascendentales en las instituciones del Imperio, limitacion de las atribuciones de la policía, descentralizacion administrativa, libertad de imprenta, representacion nacional, etc.; la tolerancia del dictador, su despego hacia la vieja policía, su tendencia á suavizar el rigor de las disposiciones vigentes, el h ber renunciado al régimen de la arbitrariedad y del terror, la amplitud dada á la Comision Ejecutiva, constituida de hecho en una especie de Cámara representativa ó de Estados Generales, han abierto el pecho á la esperanza y calmado instantáneamente la fiebre de los descontentos, que causaba aquella temerosa agitacion de principios de año, y han sido bastantes para que el nihilismo haya enmudecido como si ya no existiera. Hace dos meses, en Marzo último, el pánico habia llegado á su colmo, señaladamente en las clases conservadoras, que veian próxima una catástrofe, y pedian la supresion de la primera enseñanza y de la enseñanza superior, la deportacion en grande escala y la ejecucion sumaria de los sospechosos: reinaba ese silencio precursor de las grandes tempestades: el Czar habia intentado abdicar la Corona, en vista de que le era hostil, ó al ménos indiferente, una gran parte de sus súbditos: no salia de su Palacio sino rodeado de una nube de cosacos: las gentes se dispersaban azoradas, no bien se divisaba á lo léjos la escolta imperial: el acercarse al Czar era considerado como un acto de valor: el miedo habia alejado de la Corte á la nobleza, y hasta á los altos dignatarios: la soledad invadia la residencia del Emperador.

voca su mision, ó se desvia de los procedimientos que le son propios, deja de ser un poder justo, se despoja de su carácter de órgano del derecho, pierde su razon de ser, ó lo que vale igual, su *sér jurídico*, y el Estado queda sin servidor en aquella esfera, con un órgano inactivo, ó acaso perturbador de la funcion á cuyo servicio estaba adscrito; hay una cantidad negativa de más y una positiva de ménos. Así como la ley no es tal porque se promulga, sino porque se cumple, un indivíduo no es tanto órgano del Estado por razon de la investidura, cuanto por el recto ejercicio de la funcion que le ha sido encomendada. El Estado que padece las rigorosas consecuencias de esa situacion anormal, las resiste pasivamente cuanto le es posible, por temor de mayores males, é insta al poder á que ceda; pero al fin, se hace obligado negar prácticamente aquella negacion y restablecer en su punto la vida perturbada ó suspendida del derecho. Si se trata de alguno de los poderes sustantivos, el jefe del Estado es el órgano social á quien compete, ora ejecutar, ora promover y dirigir la remocion y renovacion del órgano, ó simplemente suspender la accion y eficacia de alguna de sus manifestaciones. Pero si el infractor ó el perturbador del derecho es el mismo jefe del Estado, no hay otro medio que su espontánea abdicacion, ó si se resiste, la remocion violenta y revolucionaria. La revolucion no puede ir nunca contra los poderes sustantivos, legislativo, ejecutivo, judicial, sino contra el poder regulador (Jefe del Estado), á quien compete armonizarlos con la opinion y las necesidades de la sociedad. Siendo uno de los términos de la relacion el pueblo, no le es posible á éste establecer directamente el otro término; sólo puede renovar aquella suprema magistratura que no funciona ó que funciona mal, retirar sus poderes al indivíduo que la desempeña, y delegarlos en otra que demuestre mejores condiciones de aptitud ó de sana y recta voluntad, para que él restablezca el equilibrio perdido, poniéndose como árbitro y mediador en el punto de confluencia de los dos Estados general y oficial que, segun hemos visto, integran el aspecto jurídico de la sociedad (§ **14**).

Es, pues, la revolucion una forma de derecho, pero forma

contingente y accidental, lo mismo que la pena. Por desgracia, históricamente, suelen acompañarla hechos inícuos, desbordamientos de cólera, tanto más terribles, cuanto más violenta fué y más duradera la opresion, atropellos, desórdenes y crímenes, todos los males anejos á las épocas de turbacion y desasosiego. Por esto, el poder debe conjurar, no la revolucion, sino la necesidad de la revolucion. Y esta necesidad se conjura, no amordazando á la opinion ni cerrando el paso á las reformas jurídicas, que valdria tanto como aprisionar los desatados vientos, sino prestando atento oido á los clamores de la opinion, dejando expedito el camino á todo género de ideales, para que, si son vivideros, puedan posesionarse de todos los espíritus, y en el instante oportuno hacer su entrada triunfal en el mundo de la realidad. A la evolucion lenta de las ideas, se contrapone la revolucion violenta y asoladora de la fuerza bruta: la revolucion perpétua, pero incruenta, de la vida, previene la revolucion condensada en un minuto, que puede comprometer los intereses más sagrados de la humanidad y aniquilar la obra de los siglos: diluyendo la revolucion entre todos los minutos del tiempo, se evita que estalle de una vez y ponga en accion los reprobados procedimientos de la guerra. El legislador progresivo y reformista hace imposible al revolucionario, como la punta metálica lanzada á las nubes hace imposible el estallido del rayo, impidiendo que se acumule la electricidad. Podría compararse á este propósito el modo como progresan los pueblos latinos y sajones: aquellos, de un modo desigual y á saltos, por descargas alternadas de fuerza viva y retrocesos violentos, haciendo y deshaciendo muchas veces un mismo camino: los segundos, por una emision constante de vida, segun una ley prevista, regular y ordenada, sin saltos, sin retrocesos, sin sorpresas: diríase un jóven y un anciano que emprenden juntos la ascension de una montaña, la montaña del progreso: el jóven quiere ganar la cumbre á la carrera, y mofándose del tardo paso de su compañero de viaje, no tarda en perderlo de vista, pero ya ántes de llegar á la mitad de la cuesta, principia á desfallecer, agótanse sus fuerzas, abrevia su paso, y por último se tiende ja-

deante en medio del camino; miéntras que el anciano, con su paso moderado, pero firme, seguro é igual, semejante al ritmo acompasado con que ejecuta sus obras la Naturaleza, llega, al caer de la tarde, al término ansiado del viaje que el impaciente jóven sólo de léjos puede contemplar (1).

Como mi propósito no es tratar aquí de la revolucion sino incidentalmente, haré caso omiso de las opiniones de los autores (más explícitos en este particular que en lo tocante al derecho de no obedecer) (2), y me limitaré á hacer una indicacion general sobre las opiniones del pueblo español en materia de revolucion, por ser doctrina jurídica que dimana de la misma fuente que el derecho popular ó consuetudinario, y estar estrechamente emparentada con él. Esas opiniones constan: 1º En la epopeya popular española (romancero y poemas cíclicos): 2º En las constituciones políticas dictadas por los concejos y la nobleza (cartas de hermandad, compromisos y privilegios generales).—Considerando los héroes de la epopeya popular como encarnacion viva del pueblo que los ha creado, habremos de confesar que uno de los dogmas de derecho público en que más unánime y constante se ha mostrado el pueblo, es el carácter de mero funcionario que corresponde al rey, la obligacion en que está de subordinar su voluntad al derecho eterno y á la ley positiva, y la facultad que al pueblo asiste para destronarlo cuando falta á este deber sagrado. No tenemos sino recordar la Jura de Santa Gadea, que ha inspirado todo un cielo de romances, donde el Cid se ostenta enfrente del rey como augusta personificacion de la justicia (Rom. Duran, núm. 809 y ss.). Siempre que aquellos héroes hallaron imposible conciliar la lealtad feudal debida al superior gerárquico con el respeto debido á la justicia, se pusieron resueltamente al lado de ésta: para escudar el derecho eterno, inmanente en la conciencia, contra la tiranía amparada por la ley, y prestar una sancion eficaz á los fallos de la opinion pública, erigieron en ley y en costumbre el derecho de insurreccion.

(1) He desarrollado el concepto de la Revolucion, como una derivacion natural del concepto del Estado y del Poder, en la *Vida del Derecho*, § 34.

(2) He bosquejado una historia de estas doctrinas en *La Vida del Derecho*, § 35.

De aquí la simbólica historia de los padres de Bernaldo y del Campeador. Uno y otro caudillo se revuelven airados contra el rey, y le amenazan de muerte: aquél, porque lo retiene en prision y reclama su libertad; éste, porque teme que se lo cautive traidoramente, y se dispone á llevar su rebelion hasta el tiranicidio: «si tus ofensas vengaste,—desde agora, rey, te informo,—que *he de vengar mis ofensas,—que no con reyes me ahorro* (R. 659):» «*non vos pueden desir traidores por vos al rey matar... que más traidor serya el rey si á mi padre matasse* (poema «Rodrigo», vv. 395, ss.).» Por esto piden los nobles al rey Alfonso II que revoque la donacion del reino hecha á Carlo Magno, y resista la invasion de los franceses por medio de la fuerza: «*si no, echarlo han del reino—y pondrán otro en su cabo* (R. 641),» palabras que reproducen las de la antígua Gesta que ha dejado huellas de su rima en la Crónica General: «si non, que le echarian del reino é que ellos catarian otro señor.»—Por esto, cuando el Cid pide al rey que convoque á Córtes (ó mejor dicho, la Corte) para juzgar á los infantes de Carrion, intima á los suyos en esta forma: «non perdamos el respeto—al rey, que *no es de razon,—juzgando bien y derecho* (R. 869).»—Por esto, establece como doctrina de sentido natural la mujer del Cid que «*rey que no hace justicia,—no debia de reinar; non debia de ser rey—quien fallece en la justicia* (RR. 733, 736),» anticipándose á la traduccion en sentido etimológico que Ayala hizo de una conocida fórmula del Fuero Juzgo: *el nombre de rey—de bien regir desciende* (Rimado, 238) (1).—Por esto, profesan el principio de que «*rey que no guarda fé,—bien es que lo desamparen* (R. 110).»—Por esto, el Conde D. Julian hace esta declaracion en el Romancero: «*tambien debe castigarse en la tierra la maldad de los reyes* (R. 592), doctrina admitida por Juan I en las Córtes de Segovia de 1386: que *Don Pedro mereció por sus obras ser depuesto, así como lo fué*; y extremada en el drama «El amor constante», que es como el

(1) Y un catecismo politico-moral de la India, traducido al castellano en el siglo XIII: «El Rey que hace su reino siervo de la justicia, él debe ser Rey; y el Rey que hace su reinado señor de la ley, es el reinado tempestad para él. Si el Rey no es justo, no es Rey, sino forzador y robador... (*Poridad de poridades.*)

poema apologético del tiranicidio, debido á la osada pluma de Guillem de Castro, empapado en el espíritu del Romancero popular.—Por esto, al referir el destronamiento de D. Alfonso el Sábio, *mandóse dar por sentencia—no ser él para reinar*, enuncia los motivos de agravio, como encontrándolos bastantes para justificar aquel acto de rebeldía: prodigalidad, adulteracion de la moneda, relevacion del vasallaje al rey de Portugal (RR. 950, 951).—Por esto califica de *concierto muy justo* á la Concordia de Medina del Campo, en la cual se consignaba á favor de los magnates el derecho de insurreccion como legítimo en casos concretos (R. 1022).—Por esto se rebela Bernaldo del Carpio contra Alfonso II, promoviendo una guerra civil que atemoriza al reino (RR. 635, 637, 656, etc.).—En todo lo cual, trasciende el mismo concepto que de la monarquía formulaban, teorizando, las Córtes de Ocaña, cuando decian: que el reinar no es honor, sino empleo ú *oficio*, y oficio de gran fatiga y responsabilidad: el rey es un empleado, un *mercenario*, que recibe por su trabajo una *soldada*, y viene obligado por *contrato tácito* á regir bien y conforme á justicia (Córtes de Ocaña, 1469).—Por esto tambien, cuando el Rey, en el cerco de Zamora, destierra á Mio Cid, cumple como ciudadano leal sus obligaciones, acatando la órden inícua del soberano; mas como hombre, exige su arrepentimiento y sus disculpas, y sólo después que los vasallos que componen su corte señorial han juzgado bastante esa reparacion del derecho individual hollado en su persona, acepta de nuevo la gracia del rey arrepentido: «el Cid se habia aconsejado—con los suyos que tenía,—si haria lo que el rey manda: su parecer les pedia.—*Que se vuelva al rey*, dijeron, *pues su disculpa le envia* (R. 771).»—Por esto, cuando el rey Alfonso lo condena una vez al ostracismo, sea por miedo de perder la corona (*causa timoris*, que dice el cantar latino), sea por el resentimiento que le produjo lo de Santa Gadea, sea consecuencia de malfetrias ó traiciones, obedece el decreto, saliendo de Castilla dentro del noveno dia, porque las leyes autorizaban al rey para desaforar á cualquiera de sus vasallos; mas como legislador prudente y precavido, cuando el rey lo llama del destierro para que vengue la cruel alevosía del moro

Almofade ó Albofalac, alcaide de Rueda, pone precio á su aceptacion y logra restablecer el imperio de la justicia y colocar las leyes á cubierto de la arbitrariedad, á que el rey se mostraba tan inclinado, desechando su *perdon* y desoyendo su llamamiento, «si el rey no le prometia—de dar á los fijosdalgo un plazo de treinta dias—para salir de la tierra, si algun crímen cometian,—y que fasta ser oidos, jamás los deterraria, —nin quebrantaria los fueros que sus vasallos tenian,—nin ménos que los pechase más de lo que convenia,—*y que si lo tal ficiese, contra él alzarse podian.*—Todo lo promete el rey... (R. 833)»—No era posible que la legislacion se sustrajese por completo al influjo de una idea que habia echado tan hondas raíces en el corazon de nobles y pecheros, favorecida por las revueltas políticas que desde el siglo XI no cesaron de afligir á Castilla, y en que tanto padeció la autoridad real. No aludo al derecho de resistir por la fuerza los abusos del poder, que en algunos decretos se establece, como en uno de las Córtes de Valladolid de 1420: «que la tal ciudad ó villa ó logar, que así fuese enajenada contra el tenor é forma de lo susodicho, *que pueda rresistyr e rresista sin pena alguna de fecho e de derecho a la tal alienacion*, non embargantes cualesquier cartas e mandamientos e previllejos que yo aya dado o diere en contrario... e non embargantes las leyes que dizen que las cartas dadas contra ley o fuero o derecho deben seer obedesçidas e non conplidas...» Refiérome más concretamente al derecho de insurreccion. Con efecto, ya desde el siglo XIII principió á traducirse en precepto constitucional el derecho de insurreccion. En 1282, los nobles y el Estado llano formaron alianza ó hermandad contra el rey D. Alfonso el Sabio y sus oficiales, que menoscababan los privilegios y las libertades del reino; y á fin de evitar que D. Sancho, cabeza de la insurreccion, á quien constituian en soberano efectivo, reprodujese aquellos mismos agravios que les habian puesto las armas en la mano, redactaron una carta que hubo de aceptar D. Sancho, en la cual se reconocia, entre otros: 1º, al reino en general, el *derecho de insurreccion contra los desafueros no remediados del monarca:* 2º, á los concejos, el *derecho de suspender las providencias des-*

aforadas de los oficiales del rey, y de juzgar á estos y á los alcaldes reales, castigarlos y hasta matarlos, siempre que, con órden del rey y sin juicio previo, matasen á algun hermano, ó presentasen Real órden para disolver la hermandad. Rota la coalicion, los concejos formaron por su cuenta nuevas hermandades en 1295 y 1296, trasladando á sus cartas los mismos capítulos que figuraban en la anterior (1). Tambien en el privilegio de la Union, que los nobles de Aragon, confederados contra Alfonso III, redactaron y el rey suscribió en 1287, se escribió el derecho de alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero en daño de alguno de los confederados, y de deponerle, desterrarle y sustituirle con otro, si castigase á cualquiera de ellos sin sentencia del Justicia y consejo de los ricos-hombres. Siglo y medio más tarde, la Concordia de Medina del Campo, especie de constitucion política, reservaba á la nobleza y al alto clero el derecho de resistir al rey ó de alzarse contra él en caso de desafuero. Tan corriente era esta doctrina, que obispos y párrocos proclamaban muy alto desde el púlpito el principio de la soberanía popular y el derecho de los súbditos á destronar á los reyes injustos y prevaricadores. Y que no quedó en estado de opinion esta doctrina, lo demuestran la deposicion de Alfonso X en las Córtes de Valladolid y el simbólico suplicio de Enrique IV en Olmedo. Más extraño es que resurgiese en pleno siglo XVII, y que las Córtes de Portugal, al proclamar rey á Juan IV (1640), hicieran constar que el poder de los reyes emana originariamente de la nacion, y que á ésta compete decidir las cuestiones sobre sucesion, velar por el cumplimiento de las leyes, y hasta *negarse á la obediencia*, cuando el rey, por su modo de gobernar, se hace indigno y tirano.» Eco de las doctrinas sobre el poder y la soberanía que de tanto favor gozaban por aquel tiempo en Europa, y que, extremadas en otros países, fueron causa de algunos regicidios.

(1) Puede consultarse la «Carta de Hermandad de los Concejos de Castilla para defender sus fueros y oponerse á los daños, fuerzas y agravios que les hiciesen,» de 1295, inserta como apéndice en la *Crónica de Fernando IV*, edicion Benavides, 1830, t. II, p. 3.

Realmente, el problema del derecho de insurreccion no tiene nada de árduo cuando se contempla desde el punto de vista de la sociedad, miéntras se trata de hechos sociales, cuyo agente es una colectividad relativamente numerosa: los más de los autores reconocen ese derecho sin la menor reserva. Pero, ¿y el indivíduo? Cuando el precepto injusto se dirige á un indivíduo solo ó á una escasa minoría, ó cuando un solo indivíduo siente herido su derecho y padece las consecuencias de la tiranía, y el tirano desoye sus protestas ó sus ruegos, ó le inflige un castigo por su desobediencia y le obliga á ejecutar el hecho, ¿qué conducta aconseja la razon? ¿Está obligado á someterse? ¿Tiene derecho á rebelarse?

Por lo pronto, repárese que el derecho en las sociedades no es un agregado de derechos particulares y relativos, propios de cada indivíduo, sino una totalidad simple é indivisa, y por consiguiente, que no puede darse el caso de una trasgresion jurídica que afecte á un indivíduo ó á varios, pero no á todos. La cuestion, por tanto, se reduce á saber si la colectividad se hace solidaria de la protesta individual, y sale á la defensa del indivíduo que directamente recibió el agravio, ó si, por el contrario, sufre la injuria que se le infiere en la persona de uno de sus miembros, abandonándolo indefenso á las iras salvajes del poder, y haciendo juntamente cobarde abdicacion de su derecho en aras de la fuerza. En el primer caso, no hay dificultad alguna: la sociedad ó la corporacion procede con unidad de miras; se siente herida en cabeza de la víctima, y la arranca violentamente de manos del verdugo, ó se adhiere á su protesta y arrostra sus consecuencias, para que el triunfo ó el sufrimiento sean comunes, como lo fué la ofensa. Me explicaré con algunos ejemplos. En cierta ocasion, mandó César echar del Senado á Caton, porque se obstinaba en hablar todo el dia: al punto los senadores se levantaron en masa como un solo hombre, y se dirigieron camino de la cárcel á donde era llevado el orador: este rasgo obligó al soberbio cónsul á revocar su acuerdo y á dejar á Caton en libertad (A. Gelio, libro IV, c. 10). Hace pocos años, cierto catedrático, que habia protestado contra un decreto inícuo, fué arrancado violen-

taniente del hogar y del lecho, donde se hallaba enfermo, y desterrado al más lejano confin del territorio por un gobierno embriagado con el triunfo que le dió la fuerza, y poseido de la demencia del suicidio: si todos los catedráticos hubiesen sentido en su pecho el estímulo de la dignidad en igual grado que los senadores romanos, es seguro que al hecho criminal del poder habria seguido inmediatamente el arrepentimiento y la reparacion. Durante las guerras de Flandes con España, sucedió un dia que habiendo condenado el Tribunal de la Inquisicion á Cristóbal Fabricio á la última pena por causa de religion, al punto que era llevado á la hoguera, el pueblo irritado arremetió á pedradas á verdugos y á testigos: otro dia, el Senado de Brujas arrebató á los verdugos del Santo Oficio un protestante, condenado tambien al suplicio de la hoguera, encarceló á los ministriles, y elevó á la Gobernadora amargas quejas contra el inquisidor. No ménos característica es la excarcelacion de Antonio Perez por el pueblo de Zaragoza. Era política de los aragoneses proteger á los que se amparaban á sus fueros, juzgando muy atinadamente que estaba interesada la libertad del reino en que éste hiciese propias las ofensas recibidas por cualquiera que las invocase, fuese regnícola ó extranjero. No bien se divulgó la voz de que el célebre ex-ministro de Felipe II habia sido extraido por órden de éste, de la cárcel de la Manifestacion, y trasladado á la del Santo Oficio, con desprecio del fuero político de Aragon, amotinóse el pueblo al grito de ¡Viva la libertad! delante de la cárcel, amenazó á los inquisidores con quemarlos vivos si no les era restituido el preso, y aunque al principio intentaron aquellos resistir, hubieron de avenirse á hacer entrega de él al Justicia, quien lo depositó en la cárcel foral de los Manifestados, en medio de los gritos de júbilo de la multitud, que estaba gozosa por haber desagraviado de esta manera á la justicia. La insurreccion quedó con esto sólo apaciguada. Cuatro meses despues, insistió nuevamente la Inquisicion, que le seguia un proceso por delitos contra la fé, en trasladarlo á la Aljafería, para lo cual habia expedido el rey órden terminante: el pueblo, que veia en esto una nueva violacion de sus fueros, y que

temia verlo sometido á cuestion de tormento (género de prueba no admitida en aquel Estado), y llevado á Castilla, se amotinó segunda vez, acometió al virey y á los señores y arcabuceros que le acompañaban, y no contento ya con impedir la extradicion, derribó las puertas de la cárcel al grito de ¡Vivan los fueros! y dejó en libertad al preso, el cual pudo salvar la frontera y ponerse en cobro en Francia.—Ya ántes de esto, corria con aplauso en boca del vulgo una historia juglaresca que, andando el tiempo, hubo de inspirar á Guillem de Castro su poema dramático en elogio del tiranicidio. Azarque de Ocaña es llevado al cadalso por traidor al rey, pero, realmente, por celos que éste le tiene, y para gozar más á sus anchas del bien que le ha arrebatado. Cerca ya del patíbulo,

¡Viva Azarque! grita el vulgo,—¡Muera el Rey y Celindaja!
Y fué tan grande el ruido,—que dió el eco en el alcázar.
Celindaja dijo al rey:—«Del pueblo indignado aplaca
La insolencia, no permitas,—que á tí vuelvan sus armas.»
Porfía el rey en que muera:—la popular furia mata
A los guardas, libra al preso,—y á quien le ofende amenaza;
Celindaja y el rey huyen...

(Rom. n. 200.)

Era ideal de Solon que todos los ciudadanos se hicieran solidarios de los agravios que se infiriese á uno de ellos y se arrojasen á vengarlos. Han trascurrido veinticinco siglos, y todavía presencia á menudo la historia el espectáculo de un indivíduo aislado en medio de la sociedad indiferente á sus quejas ó á sus sufrimientos, víctima de los abusos del poder, y solo enfrente de él para reprobarlos y resistirlos. En tan desesperada situacion, no le quedan al indivíduo muchos caminos que escoger: 1º ó se resigna á padecer persecucion por la justicia, aceptando pacientemente las consecuencias de la falta de contemporaneidad y de equilibrio entre su vida y la vida de su pueblo, á que él no puede poner remedio: 2º ó se despoja de la cualidad de súbdito de aquella autoridad injusta, alejándose del territorio en que ejerce su despótica jurisdiccion: 3º ó adopta una actitud hostil y declara la guerra á tal autoridad, y acaso á la sociedad que la sostiene ó que la

sufre.—Lo primero es lo más ordinario, y no he de enumerar las causas, que son bien obvias.—El segundo medio se hallaba regulado minuciosamente en el derecho feudal: todo hidalgo ó rico-home podia desnaturarse ó desnaturalizarse del rey por voluntad propia, esto es, apartarse de él y renunciar al vasallaje, declarando las causas porque lo hacia, y acogerse á otro señorío. En algunos países, hasta podia hacer la guerra al rey. En nuestra historia de los siglos medios, en nuestros códigos feudales y en crónicas y romances populares, desempeña un papel importante el derecho de desnaturamiento, así como el opuesto de desaforar á sus vasallos (especie de ostracismo), que competia al rey. En épocas de grande agitacion política, este medio se practica en grande escala, sin necesidad de que lo consignen como un derecho, de una manera expresa, las legislaciones. Recuérdese las emigraciones de españoles en el período de violenta reaccion que siguió al restablecimiento del gobierno absoluto en 1823, y las de polacos y rusos, que en nuestros dias se derraman por toda Europa, huyendo del régimen de terror que impera en su patria. Parte por el profundo malestar que se sentia en Alemania, á consecuencia de la disensiones sociales y religiosas de 1848, parte por las trabas legales que dificultan el matrimonio á ciertas clases, parte por los privilegios gremiales, no extinguidos aún en absoluto, que embarazan algun tanto el ejercicio de la industria, muchos labradores alemanes, hastiados de la civilizacion europea,—*europamühde*,—decidieron abandonar el viejo continente y trasladarse á América, donde creian poder disfrutar de libertad y de sosiego. A principios de siglo, muchos ciudadanos de Wurtemberg, perseguidos porque se negaban á servir en el ejército y á enviar sus hijos á las escuelas dirigidas por el clero, decidieron emigrar á América, donde forman la sociedad comunista de los «separatistas.» En períodos de crísis y de disolucion universal, este grave mal toma caractéres crónicos: así, en los últimos dias del imperio romano, cuando los indivíduos se vieron desamparados, sin familia, sin municipio, sin patria, arrebatada la propiedad por los exactores, reducidos á la afrentosa condicion del colonato, flagelados

por los amos ó por los esclavos que los administraban, perseguidos por causa de su fé, veíaseles alejarse de la sociedad, ávidos de paz ó sedientos de venganza, cuáles á la Tebaida, donde se hacian anacoretas, ahuyentados por los rigores de Diocleciano, ó arrastrados por la desesperacion de la vida y las esperanzas de ultratumba; cuáles á las montañas, desde donde caian como manadas de hienas, con nombre de bagaudas, sobre los propietarios, que devoraban en una orgía perpétua la sustancia de sus latifundos; cuáles á las selvas vírgenes de la Germania, para estimular á los bárbaros á la conquista, incitándoles con la perspectiva de los palacios, de las campiñas y de las bodegas romanas. En los tiempos modernos, es ejemplar clásico el de los puritanos del Reino-Unido, en el sigo XVII. Los cuales, oprimidos por las leyes de intolerancia religiosa, perseguidos por los tribunales y por los obispos anglicanos, en vez de sublevarse, piensan en una expatriacion voluntaria, y con efecto, un cierto número de ellos se traslada á Holanda, que reconocia la libertad de cultos, y poco después, hastiados de vivir en medio de un pueblo que los miraba indiferente, debilitados con pérdidas constantes, imposibilitados de propagar su doctrina y de realizar sus ideales, dicen adios no ya sólo á la patria, sino á la vieja sociedad, que con sus injusticias ó con su desvío les hace amarga la existencia, se hacen á la vela en aquel célebre esquife de poético nombre, *May Flower*, abordan las playas inhospitalarias de la América Septentrional, entran en tratos con los salvajes, y en la soledad de las selvas echan los cimientos de una sociedad nueva, y redactan las bases de un nuevo derecho.

El tercer medio, que consiste en defenderse contra la represion práctica del poder, ó en oponer la fuerza á la fuerza, no sería ménos justo ni ménos obligado en el indivíduo que en la sociedad, porque á nadie autoriza la conciencia para desamparar los fines de la humana naturaleza localizados en su persona, renunciando su derecho, ni es éste inferior y subordinado al derecho de la sociedad; pero, prácticamente, lo hace imposible la falta de medios proporcionados á la magnitud del obstáculo que se trata de remover, ó de la fuerza que se trata

de contrarestar. Podrá resolverse el indivíduo á obrar contra el poder, á insurreccionarse, pero será una resolucion puramente teórica, pues al menor amago de ejecucion, dará consigo en el cadalso. La ruda protesta del padre de Virginia contra los decemviros hubiese sido estéril, y su autor pagado con la vida su inaudita hazaña, á no haberse adherido á ella los plebeyos: triunfó Galba de Neron, porque se puso *á la cabeza de la humanidad* y se asociaron á sus propósitos las legiones de la Galia: ¿de qué hubiese servido la declaracion de guerra que hizo el heróico Empecinado, él solo, contra Napoleon, si España no le secundara? Si la sociedad desampara al indivíduo en su lucha contra el poder, sucumbe sin remedio. No hablemos del uso criminal ó injusto de la fuerza: los actos de los bagaudas, nunca vencidos por el imperio, más que actos de insurreccion, eran actos de bandolerismo: el tiranicidio, que el fervor religioso puso tan en boga hace dos ó tres siglos, y que en nuestro tiempo inspira á los fanáticos de la libertad, y mueve su brazo, cargado de odio, contra los jefes de los Estados, es un medio criminal que ningun fin, por sagrado que sea, justifica.—La lucha del indivíduo contra la autoridad suprema, degenera forzosamente en inicua guerra contra los súbditos, y cuando no, contra los ministros inferiores del poder; con lo cual, viene á recaer sobre inocentes una pena para la cual no hicieron ningun mérito. En la época del régimen absoluto, la musa épica del pueblo español (que en los siglos medios habia cantado la libertad y la revolucion en ilustres y augustas personalidades, como Bernaldo, el Cid, Fernan Gonzalez, en pugna siempre con tiranos), envilecida, rebajada, estragado el gusto con la sabia opresion del absolutismo teocrático, pidió sus héroes al patíbulo, buscó la libertad en el crímen; no queria dejar impune aquella inmensa injusticia que informaba el absolutismo, pero no atreviéndose ya con el rey, acometia á los últimos delegados de su autoridad: los romances vulgares presentaban de un lado el poder arbitrario y opresor del monarca, representado por alcaldes y alguaciles, y de otra, contrabandistas, facinerosos y asesinos, hombres arriesgados que desafiaban ese mismo poder, haciendo alarde de una indepen-

dencia salvaje y de una individualidad brutal, y menospreciando toda ley, así divina como humana; y no hay que decir que, entre estos dos términos, el vulgo se ponia cordialmente de parte del segundo, y satisfacia su pervertido instinto de justicia y de libertad, representando á los enemigos del poder como vencedores y á los ministros de la justicia como vencidos.

Después de todo, nada tiene esto de extraño, cuando vemos embelesado al ilustre Ihering delante de la figura de Miguel Kohlhaas. Se leerá con gusto su interesante relato y las reflexiones con que lo ilustra. «Esta figura de Shylock, dice, me trae á la memoria otra no ménos histórica ni ménos poética, la de Miguel Kohlhaas, que Enrique de Kleist ha representado con una verdad fascinadora en la novela que lleva este nombre. Shylock se retira anonadado, agotadas sus fuerzas, y se somete sin resistir al fallo del Juez. No así Miguel Kohlhaas. Cuando ha agotado todos los medios de hacer valer su derecho, tan indignamente hollado, cuando un acto culpable de justicia ejecutado por la Cámara del príncipe le ha cerrado todo camino legal, y la autoridad, en su más alto representante, el soberano, ha adoptado definitivamente el partido de la injusticia, la amargura que le causa tal ultraje lo pone fuera de sí y le hace exclamar: «Vale más ser perro que ser hombre y verse pisoteado y escupido,» y tomando una resolucion desesperada, añade: «El que me niega la proteccion de las leyes, me confina al desierto con los salvajes, y pone en mi mano el arma que debe defenderme.» Arranca á la justicia venal la espada manchada que lleva ceñida, y de tal modo la esgrime, que difunde el espanto y el terror por todo el país, y su accion es tal, que aquel Estado carcomido se extremece hasta sus cimientos, y el príncipe mismo tiembla en su trono. Sin embargo, no le anima un sentimiento salvaje de venganza, no se hace bandolero y asesino como Cárlos Moor, que queria «hacer resonar en la Naturaleza entera el grito de rebelion, para llevar al combate contra la raza de las hienas, al aire, á la tierra, al mar,» y que declara la guerra á toda la humanidad, porque ha sido ofendido en su sentimiento de justicia;

ántes por el contrario, obra bajo el influjo de esta idea moral: «que es deber suyo para con el mundo consagrar todas sus fuerzas á recabar una satisfaccion, y á poner á sus conciudadanos á cubierto de injusticias semejantes á la que á él le affije.» A esta idea lo sacrifica todo, el bienestar de su familia, su fama, sus bienes, su sangre, su vida. No destruye por destruir, se propone un fin, vengarse del culpable y de cuantos hacen causa comun con él. Y cuando entrevé la esperanza de obtener justicia, depone voluntariamente las armas; pero, como si hubiera sido elegido para enseñarnos con su ejemplo hasta qué profundidades de ignominia descendian en aquel tiempo la ilegalidad y el rebajamiento de caractéres, el salvo conducto que se le habia expedido, es violado, se revoca el indulto, y termina su vida en el lugar donde se ejecutaba á los delincuentes. Sin embargo, ántes de morir, le hacen justicia, y la idea de que no ha combatido en vano, de que ha restablecido en su fiel la balanza de la justicia y mantenido su dignidad humana, infunde alientos á su espíritu para afrontar los horrores de la muerte, y reconciliado consigo mismo, con el mundo, con Dios, se entrega resuelto y animoso al verdugo.—¿Qué reflexiones no debe sugerirnos este drama legal? Ofrécenos un hombre honrado, escrupulosamente amigo del derecho, lleno de amor hácia su familia, de sentimientos religiosos, que se convierte en un Atila y entra á sangre y fuego los lugares donde su enemigo se ha refugiado. ¿De dónde procede esta trasformacion? Pues nace precisamente de esas mismas cualidades donde encuentra aquella grandeza moral que lo hace tan superior á todos sus enemigos, los cuales, sin embargo, acaban por triunfar; nace de su alto respeto por el derecho, de la creencia en su santidad, de la fuerza de accion que posee su sentimiento legal, que es de todo en todo sano y justo. Lo que hay de profundamente conmovedor en la suerte tan trágica de este hombre, es la circunstancia de que se conviertan en su daño y conspiren contra él las mismas cualidades que constituyen la nobleza de su carácter y lo hacen superior á los demás, á saber, ese sentimiento ideal y fervoroso del derecho, ese sacrificio heróico y absoluto por la defensa de una idea,

en contacto con un siglo corrompido y miserable en que la arrogancia de los nobles y de los potentados sólo era igualada por la venalidad y la cobardía de los jueces. Los crímenes que ha cometido recaen con doble y con triple peso sobre el príncipe y sobre sus funcionarios y sus jueces que lo han expulsado violentamente de las vías legales..... No tiene la autoridad judicial que ha violado el derecho, acusador más implacable y contundente que esa figura sombría, perpétua delatora, del hombre á quien una lesion del sentimiento legal ha hecho delincuente: es su misma sombra teñida de sangre. El que ha sido víctima de una justicia parcial y corrompida, se encuentra arrojado fuera de las vías de la legalidad, se erige en vengador y ejecutor de su derecho, y no es extraño que llevando su accion más allá del fin que se propuso, se declare enemigo jurado de la sociedad, y sea facineroso y homicida. Si su naturaleza es noble y moral como la de Miguel Kohlhaas, podrá protegerle contra semejantes extravíos, pero en todo caso, se hará criminal, y sufriendo la pena inherente á sus culpas, será mártir de su sentimiento de la justicia. Dicen que la sangre de los mártires no es estéril, y acaso ha sucedido esto con él: acaso sus manes suplicantes han sido poderosos para hacer imposible durante mucho tiempo una opresion de derecho igual á aquella de que habia sido víctima (1).»

35. Union material efectiva del fin y los medios.—*Formas de esta union, ó sea, del hecho. Directa ó lógica. Indirecta ó tropológica. — Simbólica y poesía del derecho.*— Planteados ya los términos del hecho jurídico, puesta en movimiento la actividad ejecutiva y en libre comunicacion el Espíritu con la Naturaleza, la proyeccion exterior del hecho elaborado interiormente obedece á las mismas leyes que rigen toda manifestacion espiritual. La significacion sustancial del hecho cumplido, la funda exclusivamente la necesidad racional que mediante el propio hecho se satisface, y estriba toda entera, por tanto, en la aplicacion efectiva de los medios al fin.

(1) *El combate por el derecho*, p. 35 y ss.

Pero la forma de esa aplicacion y la del hecho resultante, en manera alguna es esencial, puesto que puede revestir formas diversas: puede ser *directa*, lógica, elemental, y puede ser *indirecta*, simbólica, derivada. Si la relacion de libre condicionalidad que entraña el hecho proyectado se establece y hace visible de un modo inmediato, simple, originario, el hecho efectivo resultante—ó lo que vale igual, el signo ó esquema del hecho interior,—será propio, natural, pudiera decirse prosáico, y la vida del derecho se habrá movido en una esfera puramente lógica: si, por el contrario, la relacion se individualiza y expresa de un modo mediato, figurado, trasladando por razones de analogía ú otras el sentido primitivo del signo ó esquema, hay giro, rodeo, tropo, y aquella manifestacion jurídica lleva, por tanto, adheridos elementos de belleza que imprimen á la vida del derecho cualidades y excelencias de vida poética.

Desde luégo, y en cierto modo, la palabra y el hecho, en su significacion primitiva y directa, son ya de suyo verdadero producto artístico, porque nos representan plásticamente en la fantasía la idea, estado ó relacion significada en ellos; que es ésta una condicion esencial de todas las manifestaciones del espíritu en el mundo de la Naturaleza. Pero esos mismos principios, estados y situaciones del espíritu pueden expresarse indirectamente, mediante otras palabras y otros hechos que tengan con ellos una relacion distinta de la lógica y natural, una relacion derivada, tropológica, tomando por símbolos objetos y actos que por alguna razon de semejanza, de antítesis, de subordinacion, de continuidad ó de paralelismo, puedan referirse á aquello concebido que se trata de significar. Así, el «hecho» lógico y directo de *cultivar un hombre una extension determinada de terreno* y utilizar sus frutos con exclusion de todo otro, nos representa el principio de una cierta relacion ideal exteriorizada entre aquel hombre que encauza y hace fecundas con su labor las fuerzas naturales, y aquel suelo que, merced á esta cooperacion inteligente, crea de sí productos útiles para las necesidades humanas; pero la representacion es más plástica, más de bulto, cuando se significa ese hecho por medio de

símbolos, en Roma por una *lanza*, imágen de la fuerza é instrumento primero de ocupacion ó de defensa; en la Península por una *rama*, imágen real de la tierra, sustentando les vegetales que el hombre beneficia; y en Alemania, por el rincon que ocupa la *cuna* de un niño y el poyo donde se sienta la hermana que lo mece. El hecho de *abstenerse aquel hombre voluntariamente de trabajar y utilizar su propiedad*, para que otro se subrogue en lugar suyo á cambio de cierta remuneracion ó servicio, nos representa el principio de la contratacion, en que dos ó más personas se conciertan para efectuar un trueque de cosas útiles; pero es más plástica la representacion indirecta, interviniendo los mismos símbolos que expresaban el hecho de su existencia, la *lanza* clavada delante del tribunal de los centumviros (*sub-hasta*), la *rama* de árbol agitada por los porteros durante la enajenacion, y entregada al mejor postor por via de tradicion (*remate*): recuérdese tambien el símbolo de la *balanza*, y en general la primitiva forma simbólica del contrato de compra-venta por derecho romano, y su aplicacion á la emancipacion.—El hecho de *unirse por mútuo acuérdo varon y mujer como en uno solo*, para comunicarse todo su sér, auxiliarse mútuamente, vivir juntos y en absoluta intimidad, nos representa la idea de una sociedad jurídica, constituida para complemento de los individuos que la componen y nacimiento de otros nuevos, sobre bases esenciales, fundamentalmente radicadas en Dios é inmediatamente en la conciencia, y mediando circunstancias de simpatía, concierto de genialidades, y otras; pero la forma de la union puede ser simbólica, los desposados pueden declarar su voluntad de hacer vida comun, soportar las mismas penalidades y disfrutar los mismos goces y consuelos, mediante símbolos, como en Roma, dándoles á comer una torta de cebada, *far*, consagrada por el Pontifice (*confarreatio*), ó colocándoles al cuello una coyunda ó *yugo* (*conjugium*).—El hecho de adoptar como hijo una persona á otra que le es extraña por la sangre, declarando pura y simplemente esa su voluntad en presencia del juez, y aceptando la persona adoptada, es lógico ó directo; pero puede materializarse la relacion, imitando el hecho natural á que venia á sustituir, como entre los as-

cendientes de la gente española sucedia: la mujer del adoptante simulaba un parto, y el hijo adoptivo salia de entre las ropas del lecho como si fuese un reciennacido; desde aquel instante, las personas que habian intervenido en este drama jurídico, quedaban unidas por lazos tan fuertes como los de la consanguinidad.

En edades de razon, como la nuestra, las relaciones de derecho se expresan, no por mediacion de otras relaciones accesorias, sino directamente, en cuanto es esto posible, en hechos puros, diáfanos, sustantivos, prosáicos, correspondientes á lo que en el entendimiento y en el lenguaje son los predicados categóricos sublimados por la metafísica; pero en la infancia de los pueblos, el hombre piensa con imágenes, y el lenguaje de los hechos, signo visible del pensamiento, debe ser necesariamente figurado: las nociones intelectuales se hacian naturaleza, tomaban carne: los hombres eran poetas de nacimiento: los conceptos y las relaciones jurídicas se adjetivaban mediante signos y representaciones sensibles, que hacian del derecho positivo, ya una imágen corpórea, escultórica, casi palpable, ora una accion dramática, ó una expresiva pantomima. En este sistema, unas veces se reproduce la realidad por via de imitacion en una accion mímica: otras veces, la encarna en el propio órgano ú objeto natural sobre que recae la relacion jurídica, ó que sirve de intermediario entre el espíritu individual y el mundo exterior, ó en otro objeto ó fenómeno que ofrezca algun parecido con la relacion espiritual que se trata de significar: otras veces, combina estos dos modos alegóricamente. De esta suerte, la génesis del derecho camina de tropo en tropo, y el derecho vigente se reduce á una série de metáforas vivas, de sinécdoques parlantes, de representaciones figuradas, de geroglíficos dramáticos que hablan al sentido. Así ha podido afirmarse con verdad que el derecho romano fué en sus principios un poema serio, una Iliada jurídica, un drama colosal, representado en el hogar y en el foro, dividido en innumerables actos (*actus legitimi*) expresivos de la vida civil, el nacimiento, la adopcion, el matrimonio, la trasmision de la propiedad, la reivindicacion, la herencia, el proceso

criminal, con argumento complicadísimo, personificaciones simbólicas, fórmulas sacramentales y enredos y lances sin fin.

Fácil es comprender con esto, que en la vida jurídica podrán ofrecerse, por una parte, tantos esquemas figurativos como conceptos y modalidades particulares abrace dentro de sí el tropo, no existiendo limitacion alguna aparente en la relacion que, como acabamos de ver, guarda la poesía con el derecho; y por otra, que los objetos, cualidades, actitudes, etcétera, que pueden servir de material esquemático en ellos, son tantas como contiene el mundo de la Naturaleza y como puede fantasear con su inagotable actividad creadora el Espíritu. El cielo, la tierra, el aire, el agua, la luz, el fuego, los árboles, los frutos, las pajas, los animales, en el simbolismo *naturalista*; las manos, los piés, las orejas, los lábios, la nariz, el cabello, la barba, los órganos todos del cuerpo, en la simbólica *antropomórfica*; la ficcion de estar muerto uno que vive ó vivo un difunto, nacido un nonnato, presente un ausente, etc., en la relacion *social*: tales son, entre otros, los conceptos que puede utilizar y ha utilizado el hombre en clase de signos y símbolos para la manifestacion artística del derecho. El anillo significaba la alianza; la vara, la autoridad; la torta comida en comun, el matrimonio; el fuego, la casa; el terron, el campo; la estípula, el contrato; la rama, la tradicion; los cabellos, la libertad; el pié, tomaba posesion; la oreja daba testimonio.—Los séres y fenómenos de la Naturaleza y de la sociedad, fueron la materia primera que sirvió para crear el lenguaje simbólico-jurídico; pero esa materia podia ordenarse de uno ú otro modo. Expresion de lo animado por lo inanimado, de lo concreto por lo abstracto, de una cualidad por otra semejante, de un hecho por otro hecho,—(esto es, la *Metáfora*);—de la especie por el género, la materia por la obra, la parte por el todo, lo determinado por lo indeterminado y viceversa,—(esto es, la *Sinécdoque*),—la causa por el efecto, lo accidental por lo esencial, el continente por lo contenido, lo físico por lo espiritual, el signo por la cosa significada, etc.,—(esto es, la *Metonimia*),—y acaso tambien la *Metalepsis*: tales son las categorías tropológicas y simbólicas fundamentales

segun las que puede ordenarse y disponerse la materia primera de aquellos objetos, séres, órganos y ficciones, una vez que se ha sustituido su significado primordial por otro distinto, infundiéndoles un espíritu y haciéndoless vivir una segunda vida.

Pero los hechos, estados ó relaciones jurídicas interiores, no se traducen siempre en hechos reales, tangibles, concretos: á veces toman como signo exterior la palabra, el lenguaje comun, oral ó escrito. La expresion se espiritualiza, haciéndose hablada. Y como la expresion hablada es, en último análisis, una traduccion ó imágen refleja de la expresion real, del lenguaje de los hechos, es de razon que se reproduzca aquí la misma distincion de formas que hemos hallado en el hecho, directas é indirectas. Las primeras dicen el derecho por medio de expresiones que, primordialmente, no significan otra cosa en la acepcion vulgar: hacen presentes al entendimiento los conceptos y las relaciones jurídicas desnudas, algunas veces pudiera decirse que incorpóreas. Las segúndas expresan el sentimiento de lo justo por medio de imágenes y figuras, retóricamente: como las ideas se despiertan en la humanidad mediante la contemplacion de sus manifestaciones en el mundo exterior sensible, al tratar de expresar aquellas, les asigna los mismos nombres que habia dado á estas. Cada representacion material ó tropológica de un principio jurídico, tuvo una traduccion correspondiente en el lenguaje. A cada hecho metafórico, correspondió un vocablo ó una locucion tambien metafórica. Así el mundo intelectual se tintura del mundo visible y corpóreo, y el vocabulario, ántes que un sistema de categorías, es un conjunto de tropos. La lengua está formada de imágenes: es una pintura continuada. Y el derecho hablado viene á ser como un espejo donde se refleja el derecho actuado ó figurado por medio de una accion ó de una pantomima. *Manumitir* fué sinónimo de «conceder la libertad;» *estipulacion* y *remate* significaron «contrato;» *conjugium* y *confarreatio* valieron tanto como «constitucion de la familia;» *entregar* ó *tomar la vara* queria decir «dar ó tomar posesion de un oficio de república con autoridad;» un labrador de behetria no podia

enajenar todo su solar *á fumo muerto*, esto es, en su totalidad, disolviéndose la familia, extinguiéndose el fuego del hogar; *rey*, significó al principio, pastor; *gobierno*, la direccion de un buque; y á este tenor, pecunia, peculio, emancipacion, mandato, predio, *exfestucatio*, patria potestad, etc.—Al lado de este primer grado de idealizacion, que podríamos decir léxica, vánse allegando y condensando otros muchos elementos poéticos: aliteracion y tautologia, separados ó unidos en tautologias aliteradas; expresiones figuradas y epítetos pintorescos; imágenes bellísimas y alegorías; y, por último, el metro y la rima. Así, por ejemplo, hemos hecho mencion de un símbolo primitivo de adopcion que consistia en simular un parto: pues ese símbolo encontró eco en el Refranero, y se dijo en un dístico: *Entrarásle por la manga,—saldrá por el cabezon*. En este otro adagio: *Costumbre mala, quebrarle las piernas*, se personifica una nocion moral. Las costumbres jurídicas de los antiguos turdetanos de la Bética, estaban contenidas en extensos cantares métricos, obra de poetas gnómicos desconocidos: lo mismo se ha observado en los orígenes de todos los pueblos aryos, en la India, en Atenas, en Creta, en Lacedemonia, en Roma, en las Galias y en Bretaña. Los críticos se han afanado por descubrir los elementos poéticos que avaloran esas legislaciones, y las leyes que gobiernan la manifestacion simbólica y estética del derecho en la historia (1).

En conclusion, tenemos que la manifestacion indirecta

---

(1) Puede consultarse:

Sobre la poesía en el Derecho: Vico, *Scienza nuova*; Grimm, *Von der Poesie in Rechts*, Dümge, *Symbolik der germ. Völker in einiger Rechtsgewohn*; Ryscher, *Symbolik der germanischen Rechts;* Creuzer, *Symbolika;* Michelet, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*; Chassan, *Essai sur la symbolique du droit, et poesie du droit primitif*; Altesserra, *De fictionibus juris*; T. Braga, *Poesia do direito*; Fustel de Coulanges, *La cité antique*; Pictet, *Les Aryas*, etc.

Sobre el derecho en la poesía: Schlinder, *Meditationes et observationes juridicae ad Persii satiras*; Platner, *Notiones juris et justitiae ex Homeri et Hesiodi carminibus explicatae*; Benech, *Etudes sur les classiques latins, appliqués au droit civil romain*; Henriot, *Les poetes juristes; Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poetes latins;* F. Forlani, *La lotta per il diritto, variazioni filosofico-giuridiche sopra il Mercante di Venezia e altri drami di Shakspeare;* V. Lomonaco, *Dante jurisconsulto* (Rendiconto delle tornate e dei lavori dell Academia di Scienze Morali e Politiche, Nápoles, 1869); Ortolan, *La penalidad del Infierno del Dante*, trad. españ. y notas de J. Vicente y Caravantes; A. Martin Gamero, *Jurispericia de Cervantes*, etc.

del derecho, la caracterizan: 1°, la *forma simbólica:* 2°, el *lenguaje rítmico.* El tropo es el elemento comun á entrambos, allá dramático, real, gesticulado; aquí, fónico, figurado por medio de la palabra, hablado. El lenguaje poético de la jurisprudencia, es una emanacion de los símbolos jurídicos que le preceden, una como traduccion de ellos con su mismo carácter material: personifica los conceptos generales jurídicos, ó materializa los actos que se cumplen tan sólo en el fuero interior de la conciencia: las palabras, en él, no están tomadas en su sentido usual ni tienen la significacion que en la vida comun les atribuimos: son tipos esquemáticos indirectos, figuraciones plásticas, unas falsas, verdaderas otras, que dan cuerpo, relieve, colorido, concrecion, en suma, á la idea percibida, ó mejor dicho, á relaciones y aspectos parciales de la idea, y la hacen más accesible al sentido, merced á las semejanzas que cree descubrir entre ella y la que aparece determinadamente declarada por el tenor literal del signo. En la *simbólica,* el derecho es ritual, va adherido al símbolo; el símbolo se hace una cosa misma con la idea significada en él; símbolo é idea se identifican en el pensamiento, y la representacion dramática en que consiste el símbolo, es esencial, inalterable, sagrada. Más tarde, la *fórmula,* hace el símbolo hablado; es una mera alusion al símbolo; el símbolo es accidental; sin embargo, todavía, en caso de duda, su carácter ritual reaparece: *si virgula cadit, causa cadit.* En pos de la fórmula, la *ficcion* jurídica lo hace más independiente aún del elemento material, dilatando la letra por equidad, fingiendo que abraza relaciones realmente extrañas á él, ó que quiere decir lo que no estuvo en la mente de aquellos que lo estatuyeron: el derecho, inmóvil en su letra, se moviliza en sus aplicaciones por medio de hipótesis. Pierde su rigidez y se hace lógico, humano y progresivo, en manos de los primeros jurisconsultos que anuncian los primeros albores de la filosofía del derecho. El derecho va perdiendo colorido y haciéndose diáfano: deja la poesía de lo indirecto, y adopta como traje propio la prosa de las categorías.

C.—*Accion y reaccion entre la realizacion interior y la exterior.*

36. Recíproco influjo del hecho y su plan.— El hecho externo es la manifestacion visible y el signo material de una resolucion de la voluntad: debe existir, por tanto, concordancia plena entre esta resolucion y aquel hecho. Sin embargo, cabe contradiccion entre la resolucion de la voluntad y sus manifestaciones exteriores, entre otras causas, porque la voluntad no haya sido suficientemente ilustrada por el conocimiento. Puede en tal caso suceder:—1° que el hecho sea de tal naturaleza, que se ejecute de una vez, en un instante, sin posible rectificacion, por aquello de que *quod factum est, infectum fieri non potest:*—2° que el hecho se ejecute en una sucesion de momentos, y consienta tanteo, esbozo ó bosquejo preliminar, ó bien, que se obre de una vez, pero sin que sus resultados sean fatales, y pueda anularse, rectificarse y reproducirse con la misma prontitud. No es de mi incumbencia discutir los efectos que el derecho atribuye á los actos no acompañados de voluntad, su invalidacion, ó los remedios y excepciones que dispone para prevenir ó para reparar las consecuencias que de ella emanen; las pruebas de que se vale para cerciorarse de la existencia efectiva del error, de que la intencion del agente no fué la que revela el hecho, de que tiene éste un sentido diferente del que en los casos ordinarios se le atribuye; casos de error esencial y no esencial, y de error unilateral y bilateral; modo de graduar la imputabilidad y la responsabilidad en los casos de negligencia, insensatez, simulacion, violencia vencible, intervencion de dolo, etc. En estas materias, es maestro Savigni. Aquí nos ocuparemos únicamente de la relacion que existe entre la técnica del hecho y su composicion interior.

Al tratar de dar existencia objetiva al hecho, puede tropezar el agente con dos géneros de dificultades: 1° obstáculos exteriores, que la Naturaleza opone á la manifestacion de la voluntad, ó lo que es igual, á la realizacion del plan concebido: 2° obstáculos interiores, que opone á la verdad y á la justi-

cia de la resolucion un conocimiento defectuoso. La traza ó imágen del hecho se encuentra acabada en la fantasía; pero ¡cuán difícil es proyectar un calco de ella sobre el lienzo de la realidad! Como toda forma interior, creada fuera del influjo de la accidentalidad (natural ó histórica), reviste caractéres de indecision y vaguedad, es extraña á todo lo que sea pormenor, y no ostenta aquella individualidad que resplandece en las formas exteriores, y de que sólo la ejecucion puede dotarle. Nueva dificultad que hace árduo el apoderarse del plan para encarnarlo exteriormente. Es cierto que, ya al tiempo de trazarlo, ó lo que es lo mismo, al ejecutar el hecho subjetivo, han debido tenerse presentes esas dificultades que, ora la materia, ora la objetividad histórica, oponen al desenvolvimiento de la individualidad y á los impulsos que les comunica el espíritu: pero sólo la experiencia da la medida exacta de ellas, permite apreciarlas en toda su extension y enseña á dominarlas ó á vencerlas. No es el derecho positivo algo invisible por su naturaleza, de que el hecho exterior, las costumbres ó los actos individuales sean mero signo donde se reconoce su existencia: el elemento exterior es esencial é integrante, tiene sustantividad, no es elemento meramente expresivo de lo interior. Acontece en esto lo mismo que en el bello arte. Schleiermacher diferencia la obra ética de la estética diciendo que ésta es toda interior, inmanente, y aquella no: el arte, dice, es una actividad que se encierra toda entera en la creacion del producto bello en la fantasía; la manifestacion exterior es un accesorio mecánico, ageno á la Estética: no hay más obra artísca que la concebida y figurada interiormente. En realidad, esta afirmacion de Schleiermacher es verdadera, si se entiende únicamente del arte interior ó subjetivo, pero hemos de considerar: 1° que hay más arte que el arte interior: 2° que la ejecucion exterior reinfluye sobre la concepcion de las formas internas, haciéndolas más determinadas, más ricas, más vivas, y por consiguiente, más perceptibles. Podemos sentar, pues, como conclusion, que, en el arte objetivo, la obra exterior es una como continuacion y complemento necesario de la interior. Añadamos ahora que no es una mera continuacion, sino

en cierto modo, hasta un precedente. Explicaré esto que ha de parecer una paradoja.

Hemos visto que todo propósito lleva envuelto un plan de conducta embrionario y simplicísimo, que ese plan se va desarrollando y haciéndose más claro cada vez, á medida que adelanta el proceso de la deliberacion, y que terminada ésta, se adopta uno definitivo. Ahora bien, este plan sólo es definitivo relativamente, en cuanto pone punto final al trabajo de composicion interior, y sirve de punto inicial y de partida á la ejecucion exterior; pero con respecto á la ejecucion misma, es plan provisional, pues en tanto dura aquella, se mantiene éste en un estado de contínua reelaboracion; pudiendo decirse con verdad que el hecho interior y el exterior, ó de otro modo, el hecho subjetivo y el objetivo, acaban en un mismo punto. Así como el agente va vivificando el plan concebido y creado interiormente, así como va desplegando su contenido y objetivándolo, lo contempla fuera de sí, dotado ya de una individualidad de que ántes carecia, recíbelo por los órganos del sentido como algo extraño á él, siendo por ésto la impresion mucho más viva, y más clara la percepcion, que cuando el hecho no habia salido del período de gestacion interior. El ciclo psicofísico del hecho se completa, y la vision del objeto es, por decirlo así, doble. Gracias á esto, al mismo compás que se va exteriorizando el plan, ó lo que es igual, el hecho subjetivo, informado en la fantasía, se reinforma en ella, y el sujeto agentes, dueño con esto de dos imágenes, la del hecho tal como primeramente lo concibió, y la del hecho tal como en la ejecucion resulta, compara una con otra, y por efecto de esta comparacion, completa el plan en sus pormenores, lo perfecciona, lo desarrolla, lo retoca y enmienda, acaso lo rehace, é imprime nueva direccion á la actividad ejecutiva. En la ejecucion se hacen patentes las imperfecciones ó las deficiencias del plan: acaso el conocimiento no ilustró en el grado debido á la voluntad acerca de la causa determinante del acto, ó de la materia de la relacion, ó del fin que se interesa en ella, ó de las cualidades ó de la proporcion de los medios con que cuenta hacerla efectiva, ó de la union de los medios con el fin; y no

advierte la incongruencia del plan con el propósito, hasta que encuentra en el hecho que no corresponde el resultado de su obra á lo que de ella esperaba. Tal vez habia entendido que la necesidad jurídica era de ésta ó la otra naturaleza, y requeria tales ó cuales medios, ó que tales medios le eran homogéneos, mas, al aplicarlos, encuentra que la necesidad no queda satisfecha, que acaso en vez de aquietarse, se agrava é irrita más y más, y tiene que apresurarse á revisar el plan, y á mudarlo, ó á introducir alteraciones más ó ménos profundas en el adoptado desde un principio. De este modo, el hecho interior y el exterior mantienen entre sí un comercio incesante y recíproco, sirviéndoles de instrumento y de intermediario la especulacion y la experiencia.

Y hé aquí una nueva prueba de la necesidad de que cuando el plan está dado por el Estado oficial en una ley, decreto ó reglamento, ó por el Estado social en una costumbre, no lo reciba pasivamente el indivíduo que ha de ejecutarlo, sino que se lo asimile en todos sus términos, adquiera convencimiento de él, penetre en sus razones, lo interprete, reproduzca todo el proceso intelectual por cuya virtud se enjendró la regla: sin eso, se correrá el peligro de que se truequen ó no se comprendan bien los términos, resulte contraida una relacion ilícita, que el Estado no pueda reconocer, y seà forzoso principiar de nuevo; ó por el contrario, que se cumplan mecánicamente, á poder de rutina, ó por hábitos de servil obediencia, leyes ó costumbres que debieran caer en desuso ó ser inobservadas.

37. Prudencia obligada en la formacion y propaganda de planes sociales.—De la doctrina precedente se deducen importantes consecuencias de aplicacion inmediata para la vida. Me haré cargo de una sola: la relativa al período de preparacion de los hechos sociales.

Al ocuparnos del agente del hecho jurídico (§ **14**), hemos visto que, no existiendo relacion de continuidad y de solidaridad necesaria entre los indivíduos dentro del Cuerpo social,

como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan á la vez en toda la sociedad, sino que se localizan en tales ó cuales de sus miembros, y como cada uno de estos es una persona sustantiva de derecho, y posee una actividad propia, distinta y desligada de la de los demás, puede satisfacer por sí aquellas necesidades sin que el Cuerpo social entero se ponga en movimiento para tomar parte en el hecho, y áun sin que se aperciba de él. Hemos añadido que esta circunstancia favorece el progreso de dos modos: 1º introduciendo la division del trabajo en la elaboracion del derecho positivo: 2º constituyéndose cada indivíduo en órgano de experiencia para todos los demás. Pero existe otro órden de hechos exclusivamente sociales, para cuya realizacion no basta la actividad de un indivíduo, ni siquiera la de una pluralidad de indivíduos que no sea mayoría, sino que es indispensable la voluntad concertada del todo social, considerado como una unidad (§ **29**).—Ahora bien; como es fácil comprender, las consecuencias del error que pueda padecerse en la formacion del plan, tienen muy distinto alcance segun se trate de unos ó de otros: en el primer género de hechos, esas consecuencias no afectan sino al indivíduo agente: en el segundo, trascienden á toda la sociedad. Y hé aquí por qué son más esenciales en éstos que en aquellos la circunspeccion y la prudencia que deben presidir á toda resolucion de la voluntad; y cuán profundamente yerran los que opinan que, para regir las relaciones de la vida pública, son suficientes las condiciones generales de capacidad exigidas en las relaciones de la vida privada. El arrebato y la impaciencia de una hora, la falta de arte de un hombre, la irreflexion ó la ineptitud de una asamblea, deciden á veces de la suerte de un pueblo, y si no suspende su vida para siempre, la tuerce ó la retrasa para mucho tiempo: la historia está llena de tales enseñanzas; y por esto, los políticos serios, que no ejercen inconscientemente su augusto ministerio, no asumen la representacion del pueblo ni se aventuran á obrar á nombre de él, sino penetrados de un temor saludable, ni le trazan nuevos derroteros para estimularle á que se lance por ellos

ciegamente, sino que se limitan á despertar en él la conciencia de su necesidad.

Cuando un ideal ha de traducirse inmediatamente en hechos sociales, el propagandista y el político no tienen derecho á equivocarse. Deben educarse en la historia pasada, no en la que ellos mismos hayan de hacer: deben llegar á la vida pública con todo el caudal de experiencia necesario para gobernar, sin aguardar á adquirirla en tanteos y ensayos cuyas quiebras paga la sociedad. La humanidad no debe estar principiando su vida en cada generacion y en cada indivíduo, eterno Sísifo, para quien sea leccion perdida la experiencia de lo pasado. Precipítese quien quiera y ensaye sin la debida preparacion, en asuntos de interés exclusivo suyo: en el propio pecado llevará envuelta la penitencia; pero á nadie le es lícito tratar la humanidad como si fuese ductil barro, capaz de adoptar en un dia una forma y otra diversa al dia siguiente. No se olvide que hay en política muchas falsas vocaciones, ó muchas vocaciones que parecen verdaderas, pero que van acompañadas de ineptitud. La ineptitud no es, ciertamente, pecado, pero sí la contumacia del que se empeña en ejercer una funcion social para la cual no está destinado por su naturaleza. Consulte y pese sus fuerzas cada cual, que son en esto muchos los llamados y pocos los escogidos: la humanidad tiene derecho á que se estudien y conozcan á sí mismos los que se brindan espontáneamente á servirla, y á pedir estrecha cuenta á aquellos que no adquirieron la verdad *à priori*, en la escuela de su razon y en las enseñanzas de la historia, sino *à posteriori*, en los desengaños y escarmientos de la realidad. Trae el hecho político consecuencias imborrables de gran trascendencia, en que están comprometidos los intereses de un siglo, de un pueblo ó de una civilizacion; y esto impone á los que aspiran á regir en una ú otra esfera la sociedad, un grado de circunspeccion y de mesura muy superior al que suele ponerse en los asuntos ordinarios de la vida: el hecho social no admite boceto ni retoques sino muy rara vez, y por esto su plan debe ser prudentísimo, elaborado en frio, propagado con lentitud, llevado á la práctica por procedimientos conservadores. Sin esto, no es tan sólo la

vida actual lo que padece: se compromete la suerte futura de la idea defendida, porque al primer fracaso se desacredita en el público concepto, y sus mismos adeptos llegan á mirarla con recelo, si tal vez no se revuelven airados contra ella. Así como la idea más perversa, con la corona del martirio se reviste de sublimidad y se atrae las simpatías de todos, la idea más levantada, con la experiencia prematura de la realidad, suele caer en el rídiculo y merecer el oprobio de los que sólo juzgan de las cosas por el éxito y estiman indignidad el vencimiento. La lógica de la historia es inexorable: un exceso de accion enjendra por necesidad un exceso de reaccion: á Bessieres, republicano en 1820, forzosamente debia corresponder Bessieres absolutista en 1823. La palabra caldeada del visionario, henchida de fé y de pasion, pero desnuda de conocimiento y de arte, se trasforma, en una primera evolucion, en el salvaje grito de guerra del faccioso ó del demagogo, para quien la voluntad social es un factor inerte que no entra en sus cálculos; y cierra su ciclo en la confesion general del fanático, desalentado ya y arrepentido, cuando no en la defeccion del traidor que se vende al enemigo, entregando el ídolo por un puñado de plata. En pos de los políticos ideólogos, en pos de los tribunos sentimentales y líricos, que mecen al pueblo en una ilusion, y lo fascinan con los resplandores fantásticos de un ideal novelesco, vienen los sectarios fanáticos acaudillando legiones de incendiarios, empeñados en destruir todo lo existente, para levantar sobre sus ruinas una creacion nueva, y que después de haber esparcido la desolacion y el espanto, convencidos por el argumento material de la derrota, reniegan de su pasado, y lanzan el anatema de su condenacion sobre aquello que ántes habian venerado como sagrado dogma: así, en pos de Castelar y de Aparici, que fundan los partidos federal y legitimista, Barcia y Boet, que después de haber arrojado al pueblo á una lucha de hermanos contra la patria y contra la civilizacion, pretenderán descargar su conciencia, diciendo al país en un manifiesto: «La república federal es un sueño: he tocado la fruta, y me he persuadido de que está verde.» «Don Cárlos es un mentecato en las formas y un malvado en el fon-

do, que explota la política para su exclusivo medro y placer personal: he consagrado mis esfuerzos al servicio de una causa cuyo triunfo con razon habian dado por imposible otros más competentes y ménos confiados.»

Mírense en este espejo esos pobres políticos que se contentan con que la posteridad escriba en su sepulcro el epitafio que las náyades de la Hesperia grabaron en la losa que cubria el abrasado cuerpo de Faeton: «Aquí yace Phaethon, conductor del carro de su padre, el cual, si es cierto que no supo gobernar, al ménos fué víctima de una noble audacia.»

No basta la buena voluntad para comprometer á las sociedades por derroteros desconocidos. Podrán salvar las intenciones en el cielo, pero no salvan en la tierra. La buena voluntad justifica, si acaso, al utopista que no abandona un momento la serena region de las ideas, que sacrifica á ellas su bienestar y su vida, pero la suya sóla, que se consagra á la propaganda de ideales inofensivos, por más que carezcan de base objetiva en la razon ó en la historia, y nazcan condenados á irremisible muerte. La posteridad los compadece, pero no los maldice. Lulio, el filósofo mallorquin, ya viejo, confiesa con amargura que ha trabajado treinta años persiguiendo una utopia, ciertamente generosa, sin haber obtenido de sus esfuerzos el más pequeño fruto, porque erró el camino: Botta, el historiador italiano, muere arrepentido de haber esterilizado su vida, consagrándola á la defensa de un absurdo social; el jesuita Curci, se arrepiente de haber amamantado durante medio siglo el mónstruo del ultramontanismo intransigente, y reñido por él formidables batallas en libros, en periódicos y en púlpitos, y no bien comprende las trasformaciones que ha sufrido el mundo, llora su estéril pasado, y consagra lo que le resta de vida á reparar el daño que ha causado á la Iglesia y á la civilizacion, combatiendo su propia obra. Pero si tales hombres son, en mayor ó menor grado, acreedores á que la posteridad les perdone ó los compadezca y respete su memoria, no pueden aspirar á igual favor esos otros soñadores fanáticos, que sueñan con el puñal en la mano, lanzando de los ojos relámpagos de una cólera infinita, y con el apetito vertiginoso de la reali-

dad en el pecho; ó esas soberbias personalidades, dioses de la tierra por derecho de nacimiento, para quienes no existe otro derecho que su voluntad, ni más fin en el universo que el regalo de su vida y la grandeza de su nombre, ó que hacen de la tierra lupanar de sus vicios y teatro de sus ambiciones y de sus sueños. Nunca los execrará bastante la humanidad. Después que Luis XIV hubo corrompido el sentido moral de la Francia, extremado hasta la locura el poder personal, hecho de la nacion su bestia de carga, preparado los horrores de la revolucion, y puesto la primera piedra del cadalso donde habia de rodar la cabeza de Luis XVI, viene á recomendar á su hijo, desde el lecho de muerte, que haga lo que él ha tenido la desgracia de no hacer. Alcalá Galiano, desoyendo los consejos de la más vulgar prudencia, inflama con su encendida palabra á las muchedumbres en la Fontana, se revuelve con todo el furor de una democracia inexperta y fanática contra los padres de la primera Constitucion, amontona combustibles, y los arroja imprevisor en el hirviente cráter de las pasiones populares, despierta concupiscentes apetitos en unos, atiza insensatos odios en otros, crea contínuamente obstáculos al desenvolvimiento regular y pausado del régimen representantivo, y contribuye de este modo más eficazmente que el rey con sus monstruosas é inconcebibles felonías y que la Europa con sus legiones, á la caida de la libertad en España; y todo para que años después viniese á reconocer su error en sus Conferencias del Ateneo, cuando sus insensatas predicaciones habian producido sus legítimos frutos. Mr. Detroyat, digno representante de borbónicos é imperialistas, rompe descaradamente con la legalidad, con la opinion y con el derecho, provoca el casi golpe de Estado de 16 de Mayo (1877), y lleva á la nacion al borde de su ruina, de la cual sólo por un milagro de paciencia y de firmeza se salva; y pocos dias más tarde, se presenta ante el mundo penitente y contrito en *L'Estafette,* confesando su error y arrepintiéndose de haber aconsejado la loca política de resistencia. ¿Es esto serio? ¿No hay prevision en el mundo? ¿Son de todo punto inútiles las enseñanzas de la historia? ¿Son dignos de consideracion y de respeto, pueden llamarse con

justicia políticos, los que de tal modo juegan con el porvenir y la suerte de los pueblos, y hacen de la humanidad materia vil de sus experimentos, y rigen su vida pública, no por el severo dictado de la razon, sino por las primeras impresiones? ¿Por ventura se devuelve la vida, con medicina de arrepentimiento, á los que por su causa la perdieron, ó se repara los daños causados á la humanidad, los martirios padecidos, los bienes de la civilizacion menoscabados ó arruinados, el porvenir envuelto en nubes de dudas y de excepticismo? ¿No hay sino plegar las velas cuando ya ha sobrevenido el naufragio?

El primer deber del político y del propagandista, es un respeto profundo, casi idolátrico, á la sociedad: edúquela, no la cohiba; influya en su conocimiento, no directamente en su obra; es crímen y demencia querer obligarla á caminar al paso veloz que la fiebre de novedades le sugiera, y si es cierto que tiene á menudo razon el indivíduo para condenar lo existente y proponer reformas, no la tiene ménos la sociedad en no querer aceptarlas sino al mismo compás con que se van eclipsando los antiguos ideales y pudriéndose sus raíces. Así se evitarán el castigo y la vergüenza de tener que condenar un dia todo su pasado. Los que pretenden cosechar frutos fuera de sazon, no tardan en tocar el desengaño, y entónces, perdida toda fé en el porvenir, desorientados, sin brújula ni norte, se precipitan en el opuesto vicio, y llegan á maldecir al pueblo que no pudo seguirles, como maldijo Jesús á la higuera porque no le daba el fruto que le habia pedido en invierno. Hubieran interrogado á la razon, y la razon les hubiese aconsejado cultivar el árbol y aguardar la época de la madurez, no exponiéndose de este modo á una decepcion merecida y á una maldicion injusta.

Por otra parte, los ensayos prematuros vienen á resultar estériles, porque las ideas son incoercibles, no se violentan, y nada se adelanta con impacientarse. No por madrugar mucho, amanece el sol ántes de su hora. Cuando la idea nueva ha echado raíces en la conciencia de la sociedad, una débil palanca basta para remover el viejo edificio de lo pasado, y un dia la historia registra la fundacion casi repentina de una

grandiosa democracia: testigo, la revolucion de los Estados-Unidos; pero cuando la idea vive todavía en estado de nebulosa, sólo condensada en un círculo breve de indivíduos, numerosas palancas colosales y las fuerzas combinadas de una legion de titanes políticos, no logran erigir sino democracias entecas, verdadero parto de los montes, y en pos de ellas un gran despotismo, como Francia á mediados de siglo, ó una gran decepcion, como Rusia en sus comienzos. La fé no es una potencia que haga veces de tiempo: baste, enhorabuena, como quiere Cristo, la fé del creyente para que la montaña de propio motu se arroje en el mar y la higuera produzca frutos en invierno; pero no basta la fé del sectario para que un pueblo se trasfigure de repente y se abrace á la primera bandera que á una secta se le antoje tremolar un dia, sin que ántes se haya tomado el trabajo de derribar en su corazon los altares de los viejos ídolos. No dando tiempo á la idea para condensarse, el dia que se la quiere revestir con las formas de lo real, interrumpida en su lento trabajo de gestacion, estalla como una gota de cristal fundido, ó se disipa en el espacio como el vapor escapado de la caldera á quien no se ha dado tiempo para pasar por el largo y tortuoso conducto del serpentin.



CAPITULO IV.

EL HECHO CONSUETUDINARIO.

A.—*Cuándo es consuetudinario el hecho jurídico.*

Hasta aquí hemos analizado el hecho jurídico en sus elementos constitutivos y en su produccion, independientemente de que sea ó no esquema material ó signo visible de una regla consuetudinaria de derecho. Ha llegado el momento de preguntar: ¿es consuetudinario todo hecho jurídico por sólo su carácter de tal, ó añade á esta cualidad alguna otra que diferencie el género en dos opuestas variedades, hechos jurídicos consuetudinarios y hechos jurídicos no consuetudinarios? Este problema muestra una doble faz, correspondiente á la doble esfera en que, segun vimos, realiza su vida el derecho: Estado individual y Estado social. La sustantividad de entrambos aspectos del problema, nace de la posibilidad de que un hecho sea consuetudinario en la esfera individual y no lo sea en la social y viceversa.

38. Hecho consuetudinario individual.—Cuando decimos: «si la noble accion que acaba de ejecutar F. se hace en él costumbre, está salvado,» entendemos un hecho que puede ser consuetudinario, pero que por sí solo no lo es; que encierra en sí esa característica en estado latente, pero que su manifestacion está pendiente de alguna condicion aje-

na á él. Cuando añadimos: «F. ha obrado tal acto en la forma que acostumbra,» queremos dar á entender que se ha atemperado al tipo ó modelo de otros actos de la misma naturaleza que le han precedido en la vida del mismo sujeto. Investigando la razon de esta diferencia, observaremos que todo hecho jurídico ejecutado libremente por una persona individual, corresponde exactamente á un estado suyo de derecho, esto es, á una manifestacion concreta de su esencia jurídica: si no fuese así, semejante hecho no obedeceria á fin alguno racional, no satisfaria ninguna verdadera necesidad, no sería hecho jurídico. Sabemos ya que la vida es una, sucesiva, contínua, rítmica: se hace efectiva en série de estados temporales, que se suceden unos á otros sin interrupcion, que fluyen incesantemente del fondo inagotable de nuestra esencia, como rio de un manantial perenne: la actividad libre del sujeto tiene que responder á esa série de estados ó de situaciones con otra paralela de hechos—(pues precisamente en esto consiste la vivificacion de la esencia, ó sea el vivir, y sin eso no se viviera):—esos hechos han de hallarse entre sí en idéntica relacion y proporcion que aquellos estados. Si los estados son, unos respecto de otros, progresivos, si están encadenados por una relacion de evolucion, el agente ha de tener en cuenta esa progresion, para adecuar y proporcionar á ella los medios. Por el contrario, todo órden ó grupo de estados homogéneos requiere otra série de actos tambien homogéneos, por ser una misma la necesidad sentida y unos mismos, consiguientemente, los medios con que ha de acudirse á satisfacerlas: de suerte que todos ellos tendrán una misma naturaleza, revestirán una misma forma, y cada uno será como la reproduccion y el tipo de los demás: visto el plan del primero, visto el plan de todos. Habrá que considerar, por tanto, en estos hechos, dos elementos: uno transitorio, expresivo de una relacion de derecho, que pasa con el estado individual que hubo de exigirlo; otro permanente, que expresa una relacion de relaciones, ó sea, la ley de homología de cada hecho con los demás de la série. Ahora bien; esto que tienen de comun y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido á su forma-

cion, es la regla consuetudinaria, es la costumbre. En todos los estados se trasparenta una comun esencia, la esencia del sér jurídico producida ó puesta de una vez en una concrecion infinitamente finita: en todos los hechos responsivos de aquellos estados, resplandece un mismo plan, que es como la esencia ideal comun, como el principio eterno que les ha dado nacimiento. Conclusion: los hechos jurídicos que corresponden á estados y relaciones accidentales de la vida, no son consuetudinarios: únicamente lo son los hechos que responden á estados ó situaciones que subsisten, en todo ó en parte, durante un tiempo mayor ó menor. Cada uno de esos hechos, considerado aisladamente, es meramente jurídico; en relacion á los demás afines de la série, es además consuetudinario. Un acto excepcional de derecho, que no expresa un modo ordinario de obrar, es jurídico, pero no consuetudinario.

Cuando un indivíduo siente por primera vez la necesidad de obrar en determinado sentido, ó se encuentra colocado frente á un determinado estado de derecho que lo solicita á la accion, reflexiona, delibera, hace su composicion de lugar, se propone un plan, lo medita, lo corrige, y últimamente lo pone por obra. Cuando aquella necesidad se reproduce, ó sobreviene otra vez ese mismo estado, todo ese trabajo de elaboracion interior lo omite de ordinario, porque juzgando aquel plan, que ya tiene experimentado una vez, el mejor posible, lo acepta sin discusion, y lo adapta á todos los hechos subsiguientes de la misma índole. A lo más, con lo que le ha enseñado la experiencia de los primeros hechos, retoca el plan primitivo, hasta que á poco, y dándolo por inmejorable, deja de atender á él, y el plan se hace definitivo, se inmoviliza. Por esto observamos en los indivíduos normas fijas de conducta, que nos permiten adivinar cómo obrarán en determinadas circunstancias, con sólo conocer el modo como obraron en ocasiones semejantes. Por esto llama Ciceron *consuetudo mea* á la que tenia de no ocultar al público nada de cuanto pensaba y temia acerca de la república (1), y César al modo que tenia de diri-

(1) «Sin consuetudinem meam, quam in republica semper habui, tenuero; id est, si libere quae sentiam, de republica dixero.» (*I Phillip.*, c. 11).

gir las legiones (1). Por esto pueden articularse, y por decirlo así, codificarse las costumbres jurídicas de un indivíduo: Blazquez escribió un tratado de Política ó «*Perfecta razon de estado, deducida de los hechos de Fernando el Católico* (2).» Por esto llama Plinio *lex mea* á la costumbre que tenia de cumplir escrupulosamente la voluntad de los difuntos, aunque estuviera exento de ello por la ley del Estado (3). Hé aquí, con referencia al mismo ilustre jurisconsulto, un ejemplo de costumbre individual:—«Me han llenado de tristeza las enfermedades de mis esclavos y la muerte de algunos de ellos en la flor de su edad. Tengo dos motivos de consuelo, demasiado pequeños para tan gran dolor, pero que, al fin, no dejan de ser consuelos. Uno, el placer que he sentido declarándolos libres, porque me parece que, en cierto modo, no he perdido demasiado pronto á aquellos á quienes he perdido libres. Otro, el permiso que á los mismos siervos concedo para que hagan una especie de testamento, que yo observo y cumplo tan religiosamente como si fuese legal. Ellos disponen y ruegan lo que tienen por conveniente, y yo ejecuto, sin vacilar, su voluntad, como si fuese un precepto. Distribuyen entre sus camaradas lo que poseen; donan, dejan legados á quien quieren, siempre que sea á persona de la casa, porque la casa es como la república y la pátria de los esclavos (4). Sin embargo, aunque esta conducta me alivia algun tanto, la misma humanidad que me la inspira me quebranta y abate...»

Segun esto, podemos sentar como regla que, en igualdad de circunstancias, el hecho anterior ha de reputarse que da ley á los que le subsiguen, y no anduvo acertado Gregorio Lopez al negar carácter jurídico á la costumbre individual (5). Siempre que se suscite dudas acerca de alguna relacion jurídica,

(1) «Consuetudine sua Caesar, legiones expeditas ducebat...» (Caes., *De bell. gal. comm.*, II, 19).

(2) Impresa en Méjico, 1646.

(3) Plinio, *Epist.* 16, lib. II.

(4) «Dividunt, donant, relinquunt, dumtaxat intra domum, nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est» (Plin., 16, lib. VIII).

(5) «Consuetudo enim privati vel patris familias jus non inducit, licet attendatur interdum ad declarandum intentionem suam in verbis vel factis à se prolatis vel gestis» (*Glosa* ad leg. 1, tit. 1, *Partida* 1ª).

ó sobre el significado de un acto, y el agente no pueda declarar cuál fué su voluntad, ó su declaracion haya de presumirse interesada é ineficaz, será de razon consultar los hechos obrados con anterioridad por aquel mismo sujeto en circunstancias idénticas, á fin de atenerse á lo que de ese exámen resulte, sin precipitarse, como suele hacerse, á invocar el uso de la tierra, que es decir, á interpretar el acto litigioso por los hechos y la voluntad de los demás. Se trata sencillamente de despejar una incógnita: qué se propuso determinadamente el autor de aquella relacion, que dejó sin expresar su voluntad, ó que la expresó de un modo confuso, vago, incoherente y ocasionado á conjeturas y varias interpretaciones; y es lógica presuncion atribuir una misma voluntad al agente en todos aquellos actos que ejecutó bajo el influjo de unas mismas circunstancias, que se inspiraron en una razon comun de derecho; y es una operacion legítima reconstruir el acto oscuro ó incompleto, infundiéndole el mismo soplo de voluntad que dió vida á los primeros. Este criterio es aplicable lo mismo á los actos unilaterales que á los sinalagmáticos. Ya el Digesto estableció como regla general de interpretacion que: *potius id quod actum quam id quod dictum sit, sequendum* (lib. XVIII, tít. I, ley 6). El Código de Comercio español admite tambien como regla para interpretar los contratos, «los hechos de las partes subsiguientes al contrato, que tengan relacion con lo que se disputa (artículo 249);» y en idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia civil: «Cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato, por los términos breves ó confusos en que se redactó la escritura relativa á él, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites, que los actos inmediatos y posteriores de los mismos otorgantes, referentes á lo convenido (1).»

Y si se admite en clase de criterio los hechos subsiguientes, ¿por qué no tambien los anteriores á la celebracion del contrato? Si dos personas han pactado varias veces sobre una misma materia y en condiciones semejantes, ¿por qué no se

(1) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 6 Julio 1868.

habrian de admitir las cláusulas de uno ú otro contrato, y los hechos en que se tradujeran, como medio de esclarecer el sentido dudoso de los demás? Una série de estipulaciones congruentes ó iguales entre dos ó más personas, constituye una especie de costumbre individual, que debe prevalecer sobre la costumbre local ó general: hállanse unas respecto de otras en la misma relacion que entre sí las cláusulas de un contrato, y segun la regla universalmente admitida, las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras, sirviendo las adveradas y consentidas de explicacion á las dudosas, y atribuyéndose á cada una en particular el sentido que resulte de su totalidad: «para la interpretacion de las cláusulas oscuras ó dudosas, deben apreciarse en primer término las indicaciones ó referencias que en el documento en que se consigne el contrato, ó en otro cualquiera, se hicieren sobre el punto que motiva la duda» (1).

39. Hecho consuetudinario social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad: 1ª *Contrario:* 2ª *Indiferente.*—En el párrafo anterior, hemos definido el hecho jurídico consuetudinario de un indivíduo en relacion al indivíduo mismo; pero como, segun hemos manifestado, el indivíduo es órgano permanente y necesario de la vida colectiva (§ **14**), sus hechos han de tener forzosamente un valor y una significacion con respecto á la sociedad en cuyo seno han sido producidos. Tres formas fundamentales puede afectar la relacion entre el hecho de un indivíduo y el espíritu de la sociedad: 1º Puede ser hecho jurídico, y sin embargo, *opuesto* diametralmente á lo que la sociedad siente, quiere y practica: 2º Puede serle *indiferente,* esto es, extraño á los usos ó á las prácticas admitidas, pero no repugnante al sentimiento general: 3º Puede ser *conforme* de toda conformidad con el estado jurídico de la sociedad, coincidir plenamente con el sentimiento dominante en la generalidad de los miembros que la componen. Discutamos con separacion estos diversos aspectos relativos del hecho.

(1) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 18 Set. 1863.

Ya digimos que la vida consiste en un perpétuo «venir á ser» de los séres vivientes: lo que permanece inmutable y rígido, lo que no realiza esencia, lo que no se desenvuelve y progresa, existe, pero no vive: lo que cesa de mudar, decimos que ha muerto. Esta propiedad de mudar reviste una forma que á toda hora llevamos en los lábios: el *tiempo*. No es el tiempo una forma vacía de pensamiento, pero tampoco algo sustantivo y por sí, que pueda causar efectos, como en multitud de frases usuales se da á entender, hablando en figura (1), sino una forma real de los séres en cuanto mudan, como ellos eterna, y por tanto, uno de los factores que integran el concepto complejo de la vida. No pensamos el tiempo sino donde hay séres, esencia, actividad, mudanza, sucesion de estados, vida. Ahora bien; siendo el tiempo una forma de la esencia en cuanto muda y viene á ser, en cuanto se manifiesta en estados—(que por esto se dicen temporales),—es evidente que sólo en razon de esos estados, ó lo que es igual, de la esencia informada en los hechos que á ella responden, podremos apreciarlo: el tiempo producido está en razon directa de la cantidad de esencia vivificada ó hecha positiva: á mayor desenvolvimiento del sér viviente, corresponde tambien un tiempo mayor. Derívanse de este concepto importantes consecuencias:

1ª El tiempo no es una realidad homogénea, única, igual para todos los séres: no teniendo más fundamento que la mutabilidad de los organismos, y siendo éstos sustantivos, desenvolviéndose en una série de mudanzas propia é individual,—cada uno de ellos producirá un tiempo individual tambien, distinto del de los demás, y por tanto, no se podrá, en todo rigor, medir la vida y el tiempo de un organismo por el tiempo de otro, á causa de ser entrambos relativos, ó de lo contrario, resultarán aparentes anomalías y paradojas. Así, por ejemplo, apreciando la duracion de la vida de los cereales con relacion al tiempo de la vida terrestre, decimos que son plantas anuales;

(1) El tiempo todo lo amansa.—Para verdades el tiempo.—El tiempo destruye las obras de los hombres.—El tiempo, inventor de usanzas.—El tiempo da remedio donde falta el consejo, etc.

sin embargo, segun los climas y las variedades, esas plantas cierran el ciclo de su vida en 3, 6, 9 ó 12 meses, y si se les corta el tallo en su primera edad, ántes de florecer y granar, se hacen bisanuales. Así tambien, un hombre causa más hechos ó hechos más intensos, realiza más esencia, produce más tiempo, vive más, en una hora de la tierra, que otros, y áun que él mismo, en años enteros; por esto dice muy bien el tratado bíblico de la Sabiduría: *consummatus in brevi, explevit tempora multa*; en uno de los poemas nacionales de los españoles, Fernan Gonzalez aplica esa misma doctrina, diciendo: *no cuento yo mi vida por años ni por dias, mas por buenas faciendas é por cavallerías:*—el pueblo en sus proverbios lo proclama á toda hora: vê hum dia do discreto e nao toda a vida do nescio: *as obras, e naõ a duraçaõ, saõ a medida certa da vida humana* (refranes portugueses): cabeza cana y seso por venir: hay muchos que llegan á viejos sin haber sido jóvenes, ó sin haber vívido un dia: F. no sabe vivir, ó es un hombre muy muerto, ó ha vivido ménos que N. (refranes y locuciones castellanas); y en todo siglo se ha reconocido que no está el vivir en contar estaciones y revoluciones solares, sino en desarrollar y cultivar su espíritu, en aprender y discurrir verdades, en practicar virtudes, en adoctrinar gentes, en acumular progresos, en ser órgano y representante de la humanidad. Muchos acabaron la vida ántes de empezar á vivir, dice Séneca: el hombre que más ha vivido, no es el que ha contado más años, sino el que más ha sentido la vida, dice Rousseau: vida buena, vida es, non es vida la mala vida, dice D. Juan Manuel en el Libro de Petronio: aunque su cuerpo perezca, el sábio nunca perece, el ignorante está muerto áun ántes de que lo entierren (cantar arábigo-español); etc.

2º En la relacion de unos á otros séres, el tiempo de cada uno podrá concordar con el de sus congéneres, pero tambien podrá discordar de él en proporcion mayor ó menor, á causa de ser propiedad absoluta de cada indivíduo y producto de su actividad, no dependiente de ninguna condicion ajena á él; así, por ejemplo, en la relacion del tiempo interior de cada hombre con el tiempo de la sociedad en cuyo seno vive, lo

mismo puede precederle como rezagarse, y por esto decimos en ocasiones de tal sujeto que ha nacido ántes de tiempo, de tal confesion política que se ha quedado tres siglos atrás, etc. La simultaneidad y concordancia de vida, y consiguientemente de tiempo, de dos ó más séres, recibe el nombre de *contemporaneidad*; y la contemporaneidad puede ser absoluta, de todas las propiedades esenciales constitutivas del ser racional, y relativa, de una ó algunas de ellas, de la religion, del derecho, de la ciencia, etc.—En los séres de razon, al ménos, la contemporaneidad es primeramente cualidad interior, de cada cuerpo con cada espíritu, y de unas con otras propiedades ó esencias: no siempre el espíritu y el cuerpo son *contemporáneos:* con frecuencia, en un cuerpo jóven, débil ó enfermizo, alienta un espíritu maduro y robusto, y viceversa, á un espíritu infantil, obtuso, imbécil ó poco desarrollado, acompaña en ocasiones un cuerpo vigoroso y bien conformado; algunas veces, un alma muerta ó inerte va unida á un cuerpo que rebosa vida, y viceversa. No es esta la única desarmonía entre esas dos esencias totales del sér racional, nacida del cruce y choque de unas con otras energías en el universo: el caso de un espíritu varonil en un cuerpo femenino, y viceversa, es muy comun: y no es raro el espectáculo de un alma dotada de aptitudes distintas de las del cuerpo, ó con un temperamento que no corresponde al temperamento corporal. — La contemporaneidad es luégo cualidad relativa de cada hombre con los demás, en círculos naturales más ó ménos extensos, en la familia, en la ciudad, en la nacion, etc., ó bien, en agrupaciones de otra índole, sectas, partidos, iglesias, escuelas, ligas, etcétera: mediante ella, puede ponerse en comunicacion cada sujeto individual con los demás, comprenderlos y hacerse entender de ellos, hablar un mismo lenguaje, mantener un comercio incesante de ideas y de sentimientos, y colaborar en la obra de la civilizacion : por virtud de ella, puede formarse un espíritu comun, y constituirse y subsistir las personas sociales, que de otro modo serian totalmente imposibles.

La falta de concierto en alguna de estas relaciones exteriores del hombre con la humanidad, constituye la *extemporanei-*

neidad, y en ella se enjendran los hechos *contrarios* y los hechos *indiferentes* de que voy á ocuparme. Su posibilidad radica en la naturaleza misma de los séres racionales.

Ya en el § **14** he anticipado el hecho de no existir en la sociedad deutero-células: todos los indivíduos que la componen son células primordiales, centros de vida independiente, organismos completos y acabados, Estados sustantivos de derecho; no existe entre ellos relacion de solidaridad necesaria, como entre las células constitutivas del cuerpo humano: la actividad de cada uno, si bien se engrana con la del todo, es discontínua respecto de ella y puede funcionar independientemente; y por esto, no se manifiestan en todos á la vez las necesidades jurídicas; los unos se desarrollan en sentido distinto de los otros, ó más rápidamente que ellos: en todo tiempo aparecen individualidades que se adelantan á sus coetáneos en concebir un nuevo ideal, ó en sentir el aguijon de la necesidad que ese ideal trae consigo, y en querer llevarlo á la práctica. No siendo las sociedades entidades abstractas y de artificio, sino organismos vivos y reales, es ley indeclinable que los indivíduos que las componen coincidan en su manera de pensar, de sentir, de querer, de obrar, que sus deseos sean comunes, idénticos sus ideales, congruentes sus actos, uniforme su vida, simultáneos y concordantes sus progresos, sus desfallecimientos, sus entusiasmos, sus caidas y sus retrocesos; y la experiencia enseña que esta ley de razon se cumple, con efecto, en la vida, y porque se cumple, tienen las colectividades historia, carácter, tradiciones, ideales, porvenir, espíritu comun, personalidad. Pero, por otra parte, esta personalidad no es tal, que absorba y anule la propia de los indivíduos: no se opone á que cada cual represente la naturaleza humana á su modo, en una forma peculiarísima, ni á que determinados sujetos desentonen y perturben la uniformidad de la vida colectiva: la ley de la variedad se armoniza perfectamente con la ley de la unidad: mal pudiera ser la sociedad un lecho de Procusto, cuando hasta en los campos de miés se advierten desigualdades de crecimiento. Las desafinaciones individuales son contadas en número, ó al ménos, poco notadas

por su intension, en épocas normales de la vida de la sociedad; pero en períodos de crísis y de transicion, adquieren tal cuerpo y consistencia y son tan numerosas esas disonancias, que la armonía que reinaba en el período antecedente se desvanece cuando todavía no se vislumbra la que ha de dominar en el inmediato período: disuélvese toda unidad; ábrense abismos profundísimos entre los diversos miembros del todo social: aférranse estos por rutina á las instituciones moribundas ó á los ideales extinctos ya en la conciencia; abominan aquellos de todo lo existente, y se abrazan con delirio al ideal nuevo, todavía no bien definido: pugnan esotros por conciliar la tradicion que patrocinan los unos con las reformas que demandan los otros, en síntesis orgánicas ó en empíricos sincretismos; y la individualidad, eterna mártir de las ideas progresivas, afanándose por ejercer su noble mision de institutora de la humanidad y anunciar á las gentes la buena nueva, impone á su conducta nuevas leyes en pugna con la tradicion, hiere con sus doctrinas ó con sus hechos el sentimiento público, y el público ofendido levanta formidable protesta, se declara en abierta hostilidad y, tal vez, se arroja á vengar el agravio con la muerte. Esto, en los albores del período de transicion: pasan siglos, y la situacion se invierte por completo: la sociedad se ha convertido á las nuevas ideas, y obra de conformidad con ellas; pero tan desigual y vário es el desenvolvimiento de los indivíduos, que cuando ya la crísis ha terminado y se inaugura una nueva era, todavía cuenta partidarios la idea vieja, unánimemente rechazada por la sociedad. Tal vez entónces, los perseguidos de la víspera se convierten ahora en perseguidores, no ménos crueles que aquellos. Segun esto, lo mismo podrá ser contrario un hecho por prematuro que por anacrónico. Añadamos que, con relacion al derecho natural, el hecho puede ser justo ó injusto, y tener ó no tener razon la sociedad en mostrársele hostil.

El hijo de familia que en el siglo I de la República romana se hubiese rebelado contra su padre, pretendiendo negarle el derecho de vida ó muerte que sobre él tenía, hubiera incurrido en las iras del pueblo: en los dias de Séneca, por el con-

trario, el pueblo perseguia á aquel cruel senador que habia condenado á muerte á su hijo en su tribunal doméstico y ejecutado la sentencia. Hé aquí un hecho *contrario* al sentimiento de lo justo que informaba el estado jurídico de aquella sociedad. En los primeros siglos del imperio romano, la creencia en los dioses de la mitología greco-latina estaba profundamente arraigada en el alma de la sociedad, y la sociedad no podia sufrir en calma que se hiciese público alarde de despreciarlos, y tal vez, ni siquiera que existiese quien secretamente los aborreciese y execrase: de aquí las persecuciones contra los cristianos, tenidos en la sociedad romana por ateos y por enemigos del género humano:—en los últimos siglos, por el contrario, la fé en las antiguas deidades habíase extinguido, la religion de Cristo se habia entronizado en casi todas las conciencias, y no podia tolerar la sociedad cristiana que al lado suyo continuase arrastrando su lenta agonía la vieja creencia, con sus templos, sus dogmas, sus rentas, sus sacerdotes, sus sacrificios, y algunos fieles que habian podido resistir en los pagos al influjo de las novedades religiosas importadas del Oriente; y juzgando la tolerancia ofensa grave contra Dios y contra sí misma, se oponia abiertamente al hecho, y perseguia á los sacerdotes de Júpiter y á las vestales, derribaba sus imágenes, se apoderaba de sus templos, y hacia numerosos mártires entre los gentiles. Nuevos ejemplos de hechos opuestos al sentimiento público y repugnados por la generalidad.—El siguiente caso pondrá más de bulto el carácter y la naturaleza de este género de hechos.

El senador Poncio Meropio Paulino, discípulo de Ausonio, y hombre muy considerado en la sociedad romana por su talento, por su elocuencia y por su nacimiento, se resolvió á abandonar el paganismo y abrazar la fé cristiana, á consecuencia de su trato con San Ambrosio y algunos otros obispos. Este hecho reunia todas las condiciones apetecibles de legitimidad, no sólo á los ojos del derecho natural, sino tambien conforme á las leyes del imperio que, al reconocer existencia oficial al cristianismo, habian proclamado la libertad de cultos. Pero era contrario al sentimiento religioso de la sociedad, princi-

palmente del patriciado y de las gentes de riqueza ó de talento. «Cuando no pudo quedar á los paganos duda alguna acerca de esta desercion, prorumpieron en invectivas contra Paulino, calificando su accion de *indignum facinus*. Se acarreó el odio de sus parientes y amigos, adictos á los intereses de la antigua religion: la *procax et maledica lingua gentilium*, como decia San Jerónimo, se empleó en su descrédito: todos se alejaron de su lado, sus clientes, sus libertos, hasta sus esclavos consideraron roto todo vínculo con él..... Su mismo hermano le abandonó, y las gentes mundanas *ladraban* contra él, profiriendo palabras profanas é insensatas, y tachando de locura su piedad. Así, porque un senador ilustre por tantos títulos se habia conformado con el voto de los emperadores, con las leyes de la república y con los impulsos de su conciencia, se encontraba de repente aislado en medio de aquella sociedad romana donde los nudos de familia y de clase ligaban á los ciudadanos en relaciones tan estrechas y tan difíciles de romperse. Ochenta años después de la conversion de Constantino, la de un senador era capaz todavía de disgustar á tal extremo á los paganos, y de dar gran golpe en una ciudad como Roma (1).»

Este género de actos se opone diametralmente á los que hemos denominado *concordantes*: son *anti-consuetudinarios*. Existe otro género de hechos jurídicos individuales, que tienen de comun con ellos el no estar dentro de las prácticas y estilos sociales, el no obedecer á las tendencias prácticamente demostradas de la generalidad, pero que difieren de ellos porque la sociedad no los repugna, y ántes bien, admite acaso su posibilidad como una de las báses de su constitucion interna. Estos hechos, con respecto al estado social, son *indiferentes*. Así, por ejemplo, en Inglaterra, donde la libertad de conciencia no es un principio meramente escrito en las leyes, sino una realidad y una práctica viviente, con raíces en todas las conciencias, el hecho de abandonar un lord las creencias de sus mayores para engrosar las filas del catolicismo ó del ra-

(1) Beugnot, apud C. Cantú, *Hist. Univ.*, trad. españ. de Fernandez Cuesta.

cionalismo, no pone en conmocion la sociedad inglesa, ni causa los terribles efectos que en Roma hemos visto con motivo de la desercion del senador Paulino. En Aragon, el hecho de dividir un padre sus bienes entre sus hijos por partes iguales, ó de pactar los cónyuges el régimen dotal sin viudedad foral, aunque hecho excepcional y en contradiccion con los usos más queridos y respetados de la tierra, es tambien un hecho *indiferente*, porque allí la libertad civil no es una palabra vana, sino una verdad encarnada en el espíritu del pueblo: no sucederia lo mismo en Castilla si, autorizándole la ley para ello, un padre instituyese á uno de los hijos heredero universal de sus bienes, dotando á los demás en una cantidad mucho menor que lo que representaba el patrimonio legado al hijo preferido por el instituyente. Plinio autorizaba á sus esclavos para hacer testamento, y áun les otorgaba la libertad por espíritu de filantropía, á pesar de que no entraban en el espíritu de la colectividad tales sentimientos. Los hechos de este género serán tal vez consuetudinarios respecto del indivíduo que los ejecuta, pero no lo son con respecto á la sociedad: por consiguiente, carecen de fuerza de obligar, no pueden producir la menor eficacia como precedente de otros: «es verdad, dice Heffter, que los tratados públicos—(esto es, los hechos particulares)—sirven para construir un sistema de jurisprudencia internacional, pero se ha de proceder con mucho tiento y circunspeccion en el uso de esta fuente.» Si alguno de los principios del derecho de gentes consignados en el tratado de Westfalia, se hubiera escrito en cualquiera de los tratados celebrados en el siglo XV ó en el XVI, cuando imperaba la política de Maquiavelo, no hubiese prosperado, hubiera sido un hecho indiferente, porque no respondia á los sentimientos de la época, y nadie lo hubiese invocado como precedente. Supongamos que, á raíz de la institucion del pretor urbano, un hijo de familia emancipado, sublevándose ante la idea de que los bienes de su padre recaigan en agnados lejanos ó en gentiles, ocupa por propia autoridad aquellos bienes, que el pretor le sostiene en la posesion, que los agnados ó los gentiles, sea desinterés, sea conviccion, sea por evitarse los sinsabores y las molestias

de un litigio, desisten de su derecho, dejando disfrutar en paz al atrevido hijo el patrimonio de sus antepasados: este hecho no será consuetudinario, porque se informa en sentimientos puramente individuales, porque no expresa la conviccion de la colectividad; los particulares no lo invocarán como precedente, y por el contrario, se acogerán el derecho de las Doce Tablas; el pretor no será reelegido al año siguiente, por haber sido infiel al espíritu nacional, ó por no haber sabido interpretarlo, y el que le suceda, no trasladará á su edicto la fracasada reforma de su antecesor. Pero tráigase á los dias de Ciceron, en que el derecho gentilicio está ya hondamente quebrantado, y ese hecho será consuetudinario, y en él se apoyarán los litigantes para hacer prevalecer el principio de la familia natural sobre el principio de la familia civil.—A las veces, los espíritus, de tal modo son refractarios al principio en que se inspira el hecho, que después de haber sido proyectado y admitido solemnemente, no llega á perfeccionarse, ni mucho ménos, por tanto, á adquirir valor de consuetudinario. Citaré dos ejemplos. Uno versa sobre los bien conocidos foros de Galicia: los señores directos solian hacer constar en las cartas forales ó escrituras de constitucion, como condicion expresa y terminante, la prohibicion de sub-aforar y de dividir las tierras á foro; los foreros no vacilaban en suscribir esta cláusula; y sin embargo, se han sub-aforado y dividido las tierras acensuadas con esa condicion, á ciencia y paciencia de los señores, y con la aquiescencia de los tribunales, que no han anulado tales contratos. Una cláusula del tratado de París de 30 de Marzo de 1856 preceptuaba que, siempre que entre la Sublime Puerta y una ó más potencias signatarias surgiese alguna desavenencia que pusiera en peligro sus buenas relaciones, ántes de recurrir al uso de la fuerza, pusieran á las demás en términos de poder evitarlo con una amistosa y pacífica mediacion: después de ésto, ha estallado una formidable guerra entre Rusia y Turquía, y nadie se ha acordado de aquel pacto, ni ha intentado hacer valer el recurso prevenido para evitar el terrible conflicto.

40. Hecho consuetudinario social. Posicio-

nés de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad (continuacion): 3ª *Concordante.*—He definido la «contemporaneidad» como una relacion de concordancia ó de congruencia entre el tiempo individual del agente de un hecho y el de los demás indivíduos que componen el círculo social á que pertenece. Siendo comun el sentimiento en que se ha inspirado el hecho y la necesidad que viene á satisfacer, el hecho mismo en su principio ha de ser comun tambien: la sociedad ha de mirarlo como interpretacion auténtica de lo que siente y piensa en órden á la satisfaccion de aquella necesidad: todo otro hecho que no sea ese, estará en oposicion con su pensamiento y lo desaprobará, ó le será indiferente y no prevalecerá en lo futuro: juzgando que sólo ese es el conforme á la justicia y á la moralidad, formará mala opinion de las personas que obren de un modo distinto, y parte por conviccion propia, parte por la presion ejercida por la colectividad, se moverán todos á obrar en la misma forma que el primero, y el hecho y la regla se habrán confundido en íntimo abrazo, serán una cosa misma; *el hecho será consuetudinario.* En tal estado la conciencia social, los individuos no acuden ya reflexivamente á su razon personal en busca del principio más apropiado á su situacion: ese principio lo tienen ya definido prácticamente; se ha encarnado en un cuerpo material y sensible, que es el hecho de los demás, y se limitan á observarlo y asimilárselo, á fin de copiarlo: alentando un espíritu comun en todos, y siendo ese mismo espíritu el que informa el hecho, hallándose identificados todos con el órden jurídico que tal hecho representa, engranando perfectamente con él su pensamiento, le dan *sin pensarlo* valor de dogma positivo, y no conciben que sea posible hallar otro mejor. Así, en el Alto Aragon, donde la familia se rige por costumbres que no han sido escritas todavía (por lo cual se ven obligados á escribirlas en las escrituras nupciales, pues de lo contrario, se aplicaría la ley supletoria del Fuero), al discutir las bases del contrato de matrimonio, se toma como punto de partida y como modelo las capitulaciones matrimoniales de los padres de los contrayentes, y cuando en los «ajustes» no

quieren descender al pormenor, confian la redaccion al notario, imponiéndole por todo criterio la forma en que celebraron su convenio, obrante en el protocolo, sus convecinos A ó B.

Cuando sobreviene por vez primera este estado de congruencia ó de contemporaneidad entre el espíritu de los indivíduos y el de la sociedad, prodúcense fenómenos opuestos á los que en el párrafo anterior hemos descrito. Los mismos hechos que la sociedad habia mirado ántes indiferentemente, los acoge ahora con entusiasmo y se afana por imitarlos. Los contratos aislados, celebrados en el siglo VI de la República en aquella forma mixta de arrendamiento y de compra-venta que hermanaba el interés del propietario, deseoso de conservar el título de dueño, con el del colono, que exigia la posesion perpétua en garantía de los desembolsos necesarios para poner las tierras en cultivo, fueron hechos meramente individuales; no se generalizaron, porque el estado social no les era propicio; pero en tiempo del imperio, cuando habia particulares que poseian provincias enteras, y el fisco y los municipios señoreaban extensos territorios incultos, restos del «ager públicus,» ó fruto de confiscaciones criminales, hubieron de pensar algunos en aquella forma nueva de contrato, y no tardó en obtener el favor universal, y en ser una de las instituciones más comunes del imperio, y Zenon hubo de adicionar la antigua lista de contratos consensuales con el enfiteusis: es que *habian cambiado los tiempos:* la sociedad era ya otra. Antes de las guerras púnicas, no hubiese prosperado, ni mucho ménos se hubiese generalizado, el hecho, tan comun después, de burlar las viudas la vigilancia del tutor legítimo ó testamentario, por medio de una venta fingida y de un testaferro con nombre de tutor fiduciario: la severidad de las costumbres y el respeto idolátrico al derecho tradicional no lo hubieran consentido: andando el tiempo, quebrantado el molde de las Doce Tablas por la accion lenta y suave del edicto, desencadenada la licencia, pudo ya el hecho causar estado y ser acogido con aplauso, hacerse costumbre. Hace siglos se fundó en Cosuenda (Aragon) una *Union* de labradores, especie de sociedad cooperativa y de socorros mútuos: un hecho de tanta trascendencia como éste, pasó, sin

embargo, desapercibido, quedó recluido á los estrechos límites de la localidad donde se habia producido, porque no respondia á las ideas ni á los hábitos de su tiempo, y carecia por tanto de virtud para despertar la atencion de la sociedad: la sociedad cooperativa de Rochdale (Inglaterra) se ha constituido en un tiempo en que el modo de ser y de pensar de las clases obreras favorecia su desarrollo, en que el sentimiento de su necesidad era general: el pueblo vió objetivado en ese hecho su pensamiento, y tomándolo como tipo, lo reprodujo y multiplicó, llenando la Europa de instituciones cooperativas. Cuando el hecho se produce *en su tiempo*, con oportunidad, hácese el punto universal sin esfuerzo alguno; parece como que no há menester impulso de fuera que lo determine, que alguna *insita vis* lo mueve y provoca, sin que el agente tenga casi noticia de que se está elaborando: Raimundo Lulio trabajó por llevar á cabo una cruzada más que San Bernardo, y consiguió ménos: la razon de la diferencia está en el distinto siglo en que vivieron. Cuando predicó la cruzada el papa Silvestre, era demasiado pronto: cuando la predicó Lulio, era demasiado tarde: en tiempo de Urbano II, las condiciones de la sociedad eran propicias á aquel intento, y recibió con favor la predicacion, y siguió entusiasmada á sus iniciadores al lejano Oriente. Los fenicios doblaron el cabo de Buena Esperanza, los normandos arribaron al continente americano; pero cuando ocurrieron esos hechos, no habia alcanzado todavía la Europa su plenitud de vida para exteriorizarse y difundirse, sus medios de comunicacion eran todavía muy imperfectos, y sus hábitos se oponian á las exploraciones y á la colonizacion en países lejanos: aquellos hechos *vinieron ántes de tiempo*, y por esto no causaron estado, y cayeron en el más completo olvido. Cuando llegó el momento oportuno, españoles y portugueses se lanzaron á porfia en pos del primer descubridor, y nuevas leyes, nuevas instituciones y nuevas sociedades surgieron como por encanto de aquel primer hecho fecundísimo. El siguiente ejemplo pondrá más de bulto la forma y los efectos de la contemporaneidad. Con motivo de la eleccion de 75 senadores, hecha en Francia en 1878, los partidos conservadores, legitimistas,

imperialistas y orleanistas hubieron de formar una coalicion para tomar parte en las elecciones, y pensaron dirigir un manifiesto al país: encargóse su redaccion á un ex-Ministro conservador: formuló éste su proyecto, y remitió copias de él á sus colegas. Cada uno de éstos enmendó, tachó y añadió el proyecto, para que expresara lo que á juicio suyo debia expresar. Cuando las copias del proyecto volvieron á manos del primitivo redactor, halló que no le habian dejado íntegra ni una sola frase, y que las enmiendas de unos disonaban de tal modo de las de los otros, que era imposible conciliarlas, y fué preciso desistir de su publicacion. ¿Qué faltaba aquí? Unidad de miras, espíritu comun, contemporaneidad. Sabido es lo que sucede en semejantes casos, cuando la contemporaneidad existe: un indivíduo redacta el proyecto de manifiesto, y los demás lo acogen unánimes como expresion fiel de su pensamiento, y lo suscriben sin retocarlo: al declarar aquel indivíduo sus deseos y sus sentimientos personales, ha declarado juntamente los sentimientos de todos, porque coincidian entre sí: todos han hablado por una boca, como dice el refran portugués.

Esto nos pondrá en camino de comprender lo que podríamos llamar el alumbramiento de la regla consuetudinaria, cuya gestacion nos es ya conocida.

Tratando de explicar el ilustre Savigni cómo se enjendra el derecho positivo ó derecho del pueblo (de que es mero signo, á su juicio, la costumbre jurídica), da á su pensamiento una forma tan vaga como la que los estéticos cuando discurren sobre el nacimiento y génesis de la poesía popular. «No ha de pensarse, dice, que los diversos indivíduos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues áun cuando no es del todo imposible que estas voluntades individuales produjesen un mismo derecho, es más verosímil que hubieran creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo *sale de ese espíritu general* que anima á todos los miembros de una nacion: la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia y no es producto de la casualidad. El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas: es percibido en la realidad

de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, *aparece* cuando se hace sentir su necesidad: se separa entónces de ese conjunto y se traduce en una forma artificial. Tanto las lenguas como el derecho, ofrecen en su existencia una série de trasformaciones no interrumpidas, las cuales proceden del mismo principio que su orígen; están sometidas á la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos contínuos siguen una marcha regular, obedecen á un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con las diversas manifestaciones del espíritu en cuyo seno se origina el derecho. En la infancia de los pueblos es cuando este elemento obra con más fuerza y libertad, pues entónces, el lazo que une á la nacion es más estrecho, más generalmente sentido, y la diversidad de los desarrollos individuales no oscurece la conciencia de este sentimiento. El derecho consuetudinario *se produce* por la comunidad de las convicciones, no por la voluntad de los indivíduos: los actos de estos no hacen sino manifestar esa comunidad de ideas. La expresion «derecho consuetudinario» puede dar márgen á una multitud de inducciones falsas. Puede suponerse que en su orígen, fué abandonada, como cosa indeferente, una cuestion de derecho, al arbitrio ó á la casualidad, y que, volviéndose á presentar el mismo caso, en lugar de buscar una solucion nueva, se halló más fácil adoptar la primera, é introducida esta práctica, pareció cada dia más natural: esta solucion, adoptada por la misma razon que podria haberlo sido la contraria, vino á ser regla de derecho al cabo de cierto tiempo, y hé aquí cómo el derecho ha sido enjendrado por la costumbre.—Pero examinada la verdadera base de todo derecho positivo, encontramos un órden de consecuencias y de principios enteramente diversos. La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. Y esta conciencia, invisible por naturaleza, ¿dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una série de actos uniformes acusa un orígen comun, la esencia del pueblo, lo más

contrario precisamente á todo lo que sea arbitrariedad y acaso (1).» Preocupado Savigni con hacer resaltar el carácter objetivo y, por decirlo así, impersonal de la costumbre, no ha querido penetrar en el pormenor del proceso biológico por cuya virtud se enjendran y nacen las costumbres. El derecho positivo brota de ese espíritu comun que anima á todos los miembros de una colectividad; pero ¿cómo brota? La regla aparece cuando se hace sentir su necesidad; pero ¿cómo aparece? Este era el problema, y miéntras no se le encuentre solucion, se carecerá de base cierta para construir un cuerpo de doctrina acerca de la costumbre; y cuanto se diga sobre su validez y sobre su sancion, serán afirmaciones en el aire, repetidas rutinariamente de unos en otros autores, desde la edad de oro de la jurisprudencia romana hasta nuestros dias.

Nosotros sabemos ya que aquella afirmacion de Savigni: que «el pueblo es el sujeto activo y personal del derecho positivo,» en su tenor literal y lógico, no es exacta: que el sujeto activo, directo, inmediato, personal, es siempre el indivíduo, en su calidad de órgano y representante de la colectividad (§ **14**). Las necesidades ó los estados propios del sér colectivo, se manifiestan por medio de hechos individuales. Cuando estos son consuetudinarios, el principio jurídico en que se inspiran, el plan ideal á que obedecen, es la regla positiva consuetudinaria. Y los hechos de los indivíduos son consuetudinarios cuando á su cualidad de *jurídicos*, agregan esta otra: la *contemporaneidad*, cuando su agente puede decir con verdad que lleva la voz del todo social, cuando el todo reconoce esa representacion, adhiriéndose á su manera de obrar, cuando, á juicio de la mayoría, ha interpretado bien el principio eterno del derecho en aquella particular relacion. Pero ¿cómo se manifiesta esa conviccion general, esa comunidad de sentimientos, en los hechos individuales? De una de estas dos maneras: 1º Unas veces se procede por vía de *asimilacion*, de imitacion, de prohijamiento: existe un primer hecho ejecutado por un indivíduo: los demás, hallándolo justo, debido ó ventajoso, y

(1) Savigny, *ob. cit.*, §§ 7-19.

conforme á su deseo ó al imperativo de su conciencia, se asimilan el plan que en tal hecho se trasparenta, y lo ejecutan ellos á su vez, lo copian, lo ponen en vigor, cuando se proponen contraer aquella misma relacion ó se ven obligados á contraerla: 2º Otras veces, se procede por hechos *simultáneos* y *originales*, aislados, independientes unos de otros: sin prévio acuerdo, sin que exista comunicacion entre unos y otros agentes, el hecho se produce en varios lugares á la vez: la accion se localiza en diversos puntos del cuerpo social simultáneamente, la iniciativa parte de diversos sujetos á un mismo tiempo. Siendo comun é idéntica la naturaleza esencial en todos los hombres, y produciéndose la vida de las colectividades á que pertenecen bajo ley de unidad, nada tienen de extraño tales coincidencias, que algunas veces desorientan al historiador, haciéndole sospechar imaginarios préstamos é importaciones de leyes y de instituciones sociales. Tambien los desenvolvimientos científicos pueden decirse obra de las colectividades, pero tambien la diferenciacion de ellas en órganos es á las veces múltiple: tambien en la historia de esos descubrimientos se observa el fenómeno de la simultaneidad, segun pueden atestiguarlo, entre otros muchos, el de la circulacion de la sangre, del cálculo infinitesimal, la fotografía, el planeta Neptuno, etc.: 3º La accion combinada de uno y otro procedimiento: el hecho se produce en diversos lugares aisladamente: en derredor de ellos, como de otros tantos centros, se difunde y propaga, por vía de asimilacion, la forma ó regla de obrar á que tal hecho obedece, y se producen, por consecuencia de esto, otras tantas variantes de una misma costumbre. Al ponerse en contacto, se comunican unas á otras lo que les falta para completarse, y tal vez se fusionan en una sola, síntesis de todas, ó luchan por sobreponerse y prevalecer, hasta que una de ellas, la más fiel al principio ideal que les sirvió de comun madre, la más congruente al estado social que se tradujo en ellas, suplanta á todas las demás y se posesiona de sus respectivas áreas, haciéndose regla general. — Añadamos que, en la historia de las instituciones jurídicas, ha tenido más parte el procedimiento de la imitacion que el otro, ha sido más

frecuente el caso de un centro de creacion único que el de centros de creacion múltiples. Hoy mismo lo estamos presenciando, áun respecto de aquellas ramas del derecho cuyas instituciones tienen por área de difusion toda la tierra: la *comitas gentium*, la Iglesia cristiana ó el mundo mercantil.

El prohijamiento de los hechos de derecho internacional es muy ordinario: el tratado convenido entre dos ó tres potencias, aunque á ellas obliga únicamente, es consultado y tomado por modelo, como dice Martens, por las demás naciones, cuando tienen que celebrar tratados sobre materias afines á las que fueron objeto de aquél: es comun que unas potencias se adhieran á lo que otras han ejecutado, sea de una manera expresa y anunciándolo á las demás, sea tácitamente, obrando de conformidad con aquel hecho: principalmente las prácticas admitidas entre grandes potencias, son adoptadas ó imitadas con facilidad por las de segundo y tercer órden. A causa de esta concordancia sustancial, puede formarse una especie de compilacion de reglas generales de derecho internacional, extrayendo lo que hay de comun en los diversos tratados convenidos por las naciones europeas y americanas. Si el tratado implica una ventaja ó un derecho concedido por una nacion á otra, las demás aspiran á obtener igual beneficio, é invocan aquel primer hecho en apoyo de su pretension: así, el precedente del tratado de 1855 entre el Japon y los Estados-Unidos de América, fué decisivo para las demás naciones; no podia negar el Japon á éstos lo que habia otorgado á aquella, y ménos siéndole reclamado en igual persuasiva forma. Obsérvase esto mismo frecuentemente, con ocasion de los tratados de comercio. Otras veces, no es ya un simple tratado, sino todo un estado social de una nacion ó de un municipio, lo que sirve de hecho típico é ideal á los demás municipios ó naciones que se encuentran en circunstancias parecidas, ó sea, en relacion de contemporaneidad: Esparta fué ideal para Atenas, Venecia para Florencia, las behetrías castellanas para Sahagun: el Fuero de Cuenca fué aceptado por varias ciudades: de Navarra y Castilla enviaban otras comisionados á estudiar las costumbres de las montañas de Jaca, para introducirlas en sus fueros

respectivos: los contratos de arrendamiento de ganados de Berry, Bourbonnais y Nivernais, se tradujeron en reglas generales en las Coutumes de esas comarcas, el uso las extendió á otras provincias, y hoy figuran como derecho general en el Código civil de Francia, en el de Italia y otros varios: el régimen político de Inglaterra fué ideal para Francia, y lo ha sido para los demás pueblos del continente, así como han ido colocándose en igualdad de circunstancias y sintiendo las mismas necesidades que lo habian informado; á principios del siglo pasado no se hubieran movido á imitarlo, porque vivian en condiciones diferentes que Inglaterra, pensaban de distinto modo, *realizaban otro tiempo.*—A la misma ley de la contemporaneidad ha estado sujeta la produccion de hechos y usos de derecho canónico: unas veces nacian simultáneamente en dos ó más lugares, sin que préviamente se hubiesen puesto de acuerdo sus autores: otras, por el contrario, surgian en un país, y de él se comunicaban á otros por adopcion: cuando un primer hecho ejecutado por un indivíduo, á causa de haber interpretado con fidelidad el sentimiento jurídico-religioso del clero ó del pueblo cristiano en una ó en varias localidades, venía á causar estado, el sínodo ó el concilio de provincia le daba cabida en sus colecciones, hacíase familiar, los misioneros y legados lo llevaban á otras regiones, y los concilios de otras provincias lo aceptaban para suplir el vacío de sus cánones, ó para regular un punto de derecho que no habian previsto ó que tenian por imperfecto. Tal sucedió, por ejemplo, en los concilios particulares de Oriente: tal en Occidente con la materia de diezmos, del concilio de Macon, y con la de exenciones del de Lérida.

Los comerciantes forman una vasta comunidad, cuyo gobierno es invisible, pero que se dilata por todo el globo: alguna vez ha llegado á tomar forma y cuerpo definidos, v. gr., en la confederacion mercantil conocida en la historia con el nombre de *Liga anseática*; pero lo comun es su carácter inorgánico, la invisibilidad de su representacion. Ahora bien; la historia de ese derecho nos ofrece ejemplos en abundancia de lo que hemos denominado asimilacion ó prohijamiento de hechos

jurídicos. A medida que el comercio se desarrolla, y la confianza nace, y las necesidades aumentan, y las relaciones se multiplican, el mercader deja de ir á negociar personalmente su mercancía, y lo reemplaza el porteador: el porteador se trueca á poco en factor, y andando el tiempo, el factor viene á ser comisionista; y al lado del simple mercader nace la sociedad mercantil, y al lado del factor el corredor, y al lado del comisionista el banquero, y más tarde el banco de depósito, y no mucho después, en virtud de una trasformacion de los billetes de éste, el banco de emision. Todas estas instituciones, ántes de ser ley, han sido costumbre; ántes de ser costumbre, han sido hecho. El primer banco que se creó en Italia, seguramente no tuvo en cuenta la ley económica á que esta desconocida institucion obedecia, ni su base científica, ni ménos si la combinacion de sus partes constitutivas, sus disposiciones orgánicas y sus reglas sancionadoras podrian adquirir un carácter general, y la institucion aclimatarse en otros lugares: atendieron únicamente sus fundadores á satisfacer una necesidad apremiantísima sentida por ellos y por los demás mercaderes de su ciudad; pero como la necesidad no era local, sino que se sentia con igual fuerza en las demás ciudades, no bien tuvieron noticia de aquel primer hecho, hiciéronse solidarios de él, y por imitacion fundaron sobre las mismas bases otros muchos bancos, y la institucion se hizo costumbre, y pasaron siglos ántes de que la ciencia se apoderase del principio que la informaba, y de que el Estado elevase sus prácticas á categoría de ley y de código. Las obligaciones del factor y del comisionista, la responsabilidad del librador y de los endosantes y el derecho de girar resaca, el contrato de seguros, las disposiciones relativas á sociedades anónimas, á su administracion, liquidacion, disolucion y quiebra, clasificacion de los sócios y responsabilidad de cada uno segun su clase, todo esto que hoy hallamos estatuido en las legislaciones europeas, fué simple hecho en un principio, hizo su primera aparicion en contratos verbales ó escritos, casi siempre sin la debida sancion por parte del derecho civil, de cuyas reglas comunes se separaba, y sin otra fuerza, por lo comun, que

la que le daban las buenas relaciones y la confianza que reinaba entre los mercaderes, ó los tribunales voluntariamente constituidos por ellos: esas condiciones, pactadas al principio por unos pocos, vinieron luégo á ser imitadas por los demás, que las trascribian á sus contratos, ó las suponian implícitamente en ellos; hasta que, andando el tiempo, lograron introducir, por el camino del privilegio, esas novedades jurídicas, creacion original de los mercaderes de la Edad Media ó modificacion de la legislacion romana. Los mercaderes de la antigüedad sintieron ya la necesidad de poner á cubierto su fortuna de los accidentes del trasporte marítimo, que á tantos sumian en la ruina: no era posible construir naves insumergibles é inzozobrables, y á nadie se le ocurria otro medio, aunque ménos eficaz, bastante á llenar el objeto apetecido. Un dia, un mercader, más avisado que los otros, idea una combinacion de derecho que resuelve á perfeccion el conflicto: ha observado durante un período largo de tiempo la diferencia entre el número de buques que salen del puerto y el de los que regresan, ó sea, la proporcion de los naufragios: ha calculado la parte que corresponderia á cada uno en la pérdida, si se hicieran solidarios de ella todos los armadores: se ha penetrado del principio en que se inspira el *foenus nauticum*: ha bosquejado el plan de un contrato de seguros: propónelo á otros comerciantes, discuten la cuota, conciertan la garantía del seguro y la forma del reintegro: el plan queda terminado; el autor de la iniciativa constituido en asegurador, y el hecho al poco tiempo consumado y perfecto. Apercíbense de él otros mercaderes, reconocen sus ventajas, y se apresuran á imitarlo, copiando sus condiciones más esenciales, las cuales se convierten así en reglas consuetudinarias, que regirán tácitamente por costumbre cuando no hayan pactado otras los contrayentes. — Como es fácil comprender, la universalidad del comercio, la mayor frecuencia é intensidad de las comunicaciones entre los comerciantes de diversos países, favorece, por esto, el progreso del derecho mercantil, porque hace colaborar en él á mayor número de inteligencias: por eso se advierte tan á menudo que los progresos se inician en el derecho

marítimo, y que tardan algun tiempo en propagarse al comercio terrestre.

La contemporaneidad tiene por elementos los mismos del hecho: la necesidad y los medios, el sentimiento de aquélla y el conocimiento y posesion de éstos. Si alguno de estos elementos falta, la contemporaneidad no existe ó es ineficaz.

B. *Cuándo el hecho consuetudinario induce costumbre.*

41. Generacion de la costumbre social. Teoría de la unicidad del hecho consuetudinario. Efectos y eficacia del precedente.—La costumbre, hemos dicho, es el elemento permanente que hay en los hechos consuetudinarios, el plan comun á todos los hechos de un mismo género, la regla constante y uniforme que ha presidido á su ejecucion: es como el hecho consuetudinario mismo, pero idealizado, abstraido lo individual. Hemos visto que todo hecho consuetudinario ha de ser jurídico, pero que no todo hecho jurídico es consuetudinario. Ahora se presenta naturalmente esta cuestion: ¿inducen costumbre todos los hechos consuetudinarios indistintamente, ó únicamente gozan este privilegio á partir del segundo en la série, quedando excluido de él y revistiendo un carácter particular, distinto de los demás, el primero? ¿Tiene cada uno de esos hechos valor sustantivo y por sí, como signo perfecto de la costumbre; ó requiere la costumbre un signo plural, ó de otro modo, existe únicamente á condicion de que exista pluralidad de hechos?

Para resolver este problema, analicemos sucintamente el modo cómo funciona el indivíduo en concepto de órgano adventicio de la sociedad, cuando se halla con ella en relacion perfecta de contemporaneidad.

Al punto que en el seno del pueblo surge y se hace sentir una necesidad jurídica (cuando aún no se han determinado por ley ni por costumbre la calidad y la proporcion de los medios con que esa necesidad ha de satisfacerse),—pónense en accion las energías plásticas que se hallaban como en tension y ocultas en las entrañas de la sociedad, y elaboran y exterio-

rizan en el mudo lenguaje de los hechos una regla positiva, congruente con los principios eternos de justicia, en la cual encuentran los indivíduos trazado el plan que ha de seguir su actividad para alcanzar el fin propuesto en aquel primer caso concreto y en los demás de igual índole que en lo sucesivo se vayan ofreciendo. Pero sabemos ya (§ **14**) que la sociedad no obra nunca directamente, sino *mediatamente* siempre, esto es, mediante órganos más ó ménos compuestos, que en último término se resuelven en personas individuales. Tal vez bajo el influjo de una necesidad apremiante en éste ó aquel órden de la vida, se halla como poseida de una obsesion moral que no acierta á expresar, arde en deseos de objetivar aquel sentimiento que interiormente le aguijonea, de encarnar en una forma sensible y corpórea aquel ideal que le enamora y atrae, de contemplar exteriorizada y cumplida aquella finalidad que ha salido de su estado potencial y descendido á la fantasía, donde obra como una fuerza viva, solicitando de un modo irresistible á la accion; y se encuentra imposibilitada, sin medios, sin plan, para ejecutarlo. Falta que todo ese material amorfo sea labrado por mano de individualidades determinadas, que ese sentimiento colectivo, vago, indefinido, nebuloso, se condense en un solo hombre, y que este hombre, poseido del espíritu de la multitud, exprese lo que aquella ha concebido y no puede expresar. La sociedad no conoce ni puede conocer otro régimen de vida que el régimen representativo. Pero ¿cómo se designa el representante? En estas esferas ínfimas de la vida colectiva, la representacion es espontánea é inconsciente: no va precedida de sufragio: el sufragio viene después del hecho, y se emite siempre tácitamente, siguiendo los miembros de la comunidad las huellas de su representante. Sucede: 1° que aquella necesidad social no se manifiesta simultáneamente, ni obra con igual apremio, en todos los indivíduos que componen la colectividad: 2° que aquellos que la sienten á un mismo tiempo, no se hallan dotados del grado de capacidad intelectual y de habilidad técnica que son necesarias para desentrañar en el mundo infinito del accidente la idea esencial que palpita en el fondo de aquella necesidad, y

elegir entre la rica muchedumbre de formas posibles la más adecuada para expresar la relacion de libre condicionalidad que ha de satisfacerla;—que son los hombres, en el vasto organismo de la sociedad, lo mismo que las células en el cuerpo humano: iguales todas en potencia, pero diferentes por razon del lugar que ocupan en la interior constitucion del sér, y por el grado de su desarrollo actual. Obrase, pues, una *seleccion espontánea* entre cuantos sintieron primeramente el vivo acicate de la necesidad, y aquel que se reconoce mejor dotado por su posicion y por sus aptitudes personales, por su vocacion, por su espíritu observador, por su habilidad técnica para informar lo pensado y sentido, y en una palabra, por sus facultades creadoras, analiza detenidamente los términos de la necesidad y del fin á que corresponde, escoge los medios adecuados á su peculiar naturaleza, los proporciona al grado de su potencialidad, diseña en su fantasía la traza del procedimiento que debe seguir para ejecutar la prestacion, y avenido ya en todas sus partes el ideal de aquella relacion con las circunstancias del medio social, proyecta el plan al exterior, consuma el *hecho*. Entónces vienen á sancionarlo los votos de la multitud. Si la regla mostrada ó enseñada (*in-signita*) en aquel hecho es única para el género de relacion que hubo de provocarlo, los indivíduos que se encuentren en circunstancias parecidas, dominados por aquel mismo sentimiento ó bajo el influjo de aquella misma necesidad, no tendrán ya que ponerse en contacto directo con los principios de razon, al efecto de inquirir y ordenar originalmente el plan y la regla para satisfacerla, sino que, por una especie de instinto y de necesidad interna, tomarán aquel hecho por norma y criterio positivo de accion, y por él regirán su vida en aquel órden de relaciones. Los que no sientan la necesidad, reconocerán que, puestos en igual caso, hubiesen obrado de una manera idéntica: «parece que han adivinado mi pensamiento,» dirán: ó bien, «eso es lo que yo queria hacer, y no acababa de ocurrírseme;» y sentirán acaso cierta delectacion interior por ver realizado fuera de sí aquello que llevaban dentro, pero que no acertaban á expresar. Si la razon ha inspirado el hecho, será éste el más conveniente para

aquella situacion, y como la razon es comun á todos, es obvio que cuantos vengan á encontrarse en esa misma situacion, obrarán en aquella misma forma. Sin que por esto debamos entender que porque un hombre imite los actos de otro, subyuga su voluntad á la voluntad ajena; ántes bien, uno y otro se subordinan á la humana razon, de la cual fué aquél primer órgano é intérprete: en idéntica forma que él, hubiese obrado cualquier otro que le hubiera precedido. Algunos han conceptuado la costumbre como una convencion tácita, pero en tal caso únicamente obligaria á los que hubieran prestado su asentimiento, y todos sabemos que no es así; la soberanía no está en la nuda voluntad, sino en el derecho mismo, anterior y superior á ella; y si tal norma de conducta constituye un imperativo de la razon, nadie puede sustraerse á su imperio; siendo indiferente que su manifestacion temporal resida en un hecho solo, porque todo otro modo de obrar que se aparte de ese, será inconveniente y contrario á justicia.

Así, el hecho obrado por un indivíduo es juntamente hecho social: no porque al ejecutarlo se haya hecho abstraccion del espíritu individual, sino porque éste ha coincidido con el espíritu de la comunidad. El hombre que se constituye en órgano adventicio de la sociedad, parece como si sintiera en su sér individual la conciencia del género, y se moviese á obrar por una secreta vocacion de su destino; pero es una pura apariencia. Ese hombre obra, intencionalmente, como indivíduo; inconscientemente, como género. La originalidad nativa que expresa en aquel acto, lo coloca por un instante á la cabeza de su pueblo, pero ni ha buscado ántes ni conoce después ese resultado. No sacrifica su individualidad en aras del todo social, como suele decirse con error notorio: para ser gente, para ser tribu, para ser nacion, no tiene que dejar de ser indivíduo. Hay en su hecho dos elementos, que no es lícito confundir: uno, por decirlo así, teórico, lo comun, lo universal, la relacion ideal entre el medio y la necesidad, el plan, la regla en él informada, que los demás prohijarán; y otro práctico, individual, una de las infinitas especificaciones posibles de ese plan, uno de los infinitos casos aritméticos comprendidos dentro de aque-

lla fórmula algebráica. Este es expresion de la individualidad del agente en aquel momento del tiempo, y es privativo suyo, inefable, incomunicable: el primero, por el contrario, es propiedad universal, forma parte integrante de todas las conciencias, y no lo da él, lo descubre tan sólo: por esto lo reclaman como propio ó se lo proponen como modelo. Existia cierta manera de continuidad entre su espíritu y el espíritu de los demás miembros de la comunidad: vivian un mismo tiempo: por esto ha podido manifestarse por ministerio suyo el pensamiento social, y por esto en lo sucesivo obrará como él la sociedad. Si esa contemporaneidad faltase, la costumbre sería ilegítima; y hé aquí la razon que ha movido á los legisladores á exigir un cierto número de hechos en calidad de prueba, para cerciorarse mejor de que el primero estaba realmente dentro de las convicciones y exigencias de la conciencia social. Hallábase la idea disuelta en el espíritu colectivo, como una sal en el seno de un líquido: el primer hecho es el primer cristal que fija el tipo á que ha de sujetarse la cristalizacion del todo. De aquí nace un efecto que pudiéramos decir de óptica espiritual, que á no pocos ha engañado, y que confirma la precedente doctrina: la regla que se engendra en hechos consuetudinarios ostenta un sello de objetividad tal, que le da apariencias de obra impersonal, y ha hecho creer á algunos que era obra directa de todo el pueblo: *ea quoque quae vulgo recepta sunt*, dice muy discretamente Quintiliano, *hoc ipso quod incertum auctorem habent, velut omnium fiunt* (1). El indivíduo es el autor de la novedad; pero si la sociedad no la apadrinase, sería un capricho ó una excentricidad, pasaría como un fuego de artificio, no causaría estado. El indivíduo obra el hecho, pero no depende de él que tenga ó no tenga carácter consuetudinario: el plan de ese hecho se hace costumbre á condicion de que el pueblo lo sancione con su aprobacion, reconozca en él el sello del genio nacional y con sus propios hechos lo consolide. Acontece en la creacion de costumbres jurídicas lo mismo que en la creacion de nuevas formas léxicas y gramaticales: «el indiví-

(1) *De instit. orat*, lib. v, cap. II.

duo, en tanto que indivíduo, es impotente, y los efectos que parece producir, dependen de leyes no sujetas á su voluntad, y de la cooperacion de todos aquellos que forman con él una sola clase, un solo cuerpo, ó un conjunto orgánico (1):» «los incrementos y las mudanzas introducidas en la lengua por un indivíduo, si no son aceptadas y conservadas por la comunidad, mueren con él: por otra parte, si el indivíduo traspasara demasiado el límite de los hábitos recibidos, se haría ininteligible, y esto sería suficiente para circunscribir su actividad; pero este valladar es inútil, porque en último análisis, el indivíduo vive bajo el imperio de los mismos hábitos que sus conciudadanos, y poco más ó ménos obra como ellos: no siente más que ellos inclinacion á desentenderse de las formas habituales del discurso y discurrir modos singulares y extraños de expresion (2).»

Traigamos ahora á la memoria una division que hicimos del derecho con respecto al objeto (§ **11**). Analizándolo en la razon, descubrimos en él dos géneros de relaciones: 1°, unas que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye y sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que, por lo tanto, se encuentra en todo sér racional, independientemente de toda condicion de espacio ó de tiempo: 2°, otras que afectan á la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el *carácter*, y por decirlo así, la *constitucion interna*, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educacion, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del equilibrio de sus facultades psíquicas, de sus antecedentes, de sus aptitudes, etc. Añadimos entónces que, con respecto al primer género de relaciones, siendo la finalidad inmutable, por lógica necesidad debe ser una misma siempre la forma de realizacion, y ha de dictarla la razon *à priori:* con respecto al se-

(1) Max Müller, *Nuevas lecciones sobre la ciencia del lenguaje*, lecc. 2ª.
(2) Withney, *La Vida del lenguaje*, cap. VIII.

gundo órden de relaciones, siendo individual la relacion,—la satisfaccion de la necesidad, ó sea, el cumplimiento del fin, ha de admitir diversidad de formas ó modos, y únicamente la personalidad á quien directamente interesa ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio: las segundas, el derecho voluntario, libre ó hipotético.

Aplicando ahora á la primera de estas dos categorías de derecho la triple distincion que hicimos del hecho individual con relacion al estado jurídico de la sociedad (§ **39**), hallamos lo primero que no son posibles hechos *indiferentes* de derecho *necesario:* las relaciones que de él dependen no puede abandonarlas la sociedad á la libre voluntad de los particulares, y pone su cumplimiento bajo la garantía de una sancion penal. Por consecuencia de esto, los actos individuales, ó son *contrarios* á la conviccion comun de la sociedad, en cuyo caso los persigue y castiga, y cuando no, los considera nulos y de ningun valor, y entónces no hay que hablar de costumbre; ó concuerdan plenamente con el sentir comun de la sociedad, en cuyo caso dicho se está que son consuetudinarios. Pero, segun tuvimos ocasion de ver, el derecho necesario no es inmutable: de una á otra edad cambia, desarrollándose al compás que se desarrollan las facultades de la persona social y que mudan las condiciones en que vive. En aquel momento crítico, se producirá necesariamente un hecho á la vez *contrario* y *concordante:* contrario á lo que la sociedad practicaba ántes del cambio; concordante con lo que la sociedad siente y está dispuesta á practicar despues de él. Ese hecho es la primera manifestacion exterior del nuevo espíritu que alienta en el todo social, la primera voz con que la sociedad anuncia su cambio de estado por boca de uno de sus órganos adventicios. Si la sociedad tiene ocasion de dar su aprobacion al hecho y declararse solidaria de él de un modo ostensible (v. gr., en el jurado, en los meetings, peticiones, etc.), no titubeará en hacerlo: si tal ocasion no se presenta, su adhesion será callada y lenta, copiando los indivíduos aquel primer hecho en sus ulteriores relaciones.

Es de toda evidencia que ese hecho tradujo á la perfeccion el sér y estado jurídico de la sociedad: en el plan que presidió á su formacion, logró apoderarse el agente del principio jurídico positivo que á tal estado correspondia, pues de lo contrario, la sociedad se guardaría de adoptarlo, y ántes por el contrario, lo repugnaría y desaprobaría. Por consiguiente, en aquel primer hecho está entera la regla consuetudinaria, y no hay necesidad de aguardar á que le sucedan otros hechos para reconocer su legitimidad é inducir la existencia de la costumbre. Invalidar el primer hecho, equivaldría á negar la existencia de la costumbre como fuente de derecho positivo: el argumento que algunos escolásticos oponian á la validez de la costumbre (1), es irreprochable, y no pueden contestarlo los que juzgan necesaria una pluralidad de actos semejantes para que nazca la costumbre: «Ex multiplicatis malis nullum conflari potest bonum; imo malum, quo multiplicatius, eo pejus; *qui autem primo contra legem agere incipit, male facit; ergo similibus acerbatis actibus, nihil boni confici potest:* lex autem cum regula sit nostrarum actionum, egregium bonum est: nulla ergo consuetudo egregium migrare in legis naturam potest.» Si el primer hecho es injusto, no puede ser justo el segundo, ejecutado en igualdad de circunstancias; y si se pretendiese el absurdo de que el primero era injusto y justo el segundo, resultaría que: ó el primero, por contrario al derecho, era de todo punto ineficaz, en cuyo caso el segundo sería primero, y la costumbre tendría en todo caso su orígen en un hecho único; ó se reconocia eficacia al primero, á pesar de ser injusto, en cuyo caso la costumbre naceria de dos hechos, uno justo y otro injusto, y por consiguiente heterogéneos, lo cual es absurdo; ó se considera que el primero, con ser lícito y punible cuando era solo, se convalida, se trasforma en justo y bueno cuando viene otro á acompañarle, lo cual es más absurdo todavía. Si un solo hecho no puede inducir costumbre, si para ser recibido en clase de consuetudinario ha de haber sido precedido de otro, resultará: el primer hecho, declarado nulo

(1) Segun Santo Tomás, reproducido por D. Soto, lib. I, q. VII, art. II, *De justitia et jure.*

por los tribunales, porque no tiene precedente: el segundo, nulo tambien, porque además de ser contrario á la ley, tiene precedente en contrario: la ley en cuestion, fortalecida por la práctica de los tribunales; la costumbre, de formacion imposible, porque nunca habrá precedente, salvo: 1°, si los interesados directamente en que la ley se cumpla, no reclaman contra la infraccion, por ignorancia, ó por descuido, ó por cualquier otra causa, y la infraccion causa estado contra la ley, y se subroga en lugar suyo:—2°, si por negligencia de los tribunales pasan inadvertidos dos ó más hechos contrarios á una ley, y se supone que sólo con eso han prescrito los efectos que quiso atribuirle el legislador. Así como la ficcion moviliza la ley para hacerla progresiva, el derecho consuetudinario tomaria la forma de ficcion, á fin de crear por sorpresa una ley nueva al lado de la antigua, simulando que es la misma. ¿Pero puede depender la vida del derecho del engaño y del disimulo? Si tales hipótesis pudieran prevalecer, tendrían razon aquellos que, fieles á la lógica de su principio, han considerado *el error como necesariamente ligado al orígen del derecho consuetudinario* (1). Pero ¿puede ser nunca el error fundamento de nada en el derecho? Lo que en un principio es vicioso, ¿puede convalidarlo el trascurso de tiempo y la repeticion de actos? ¿Es admisible la sorpresa como fuente de derecho y como instrumento de prescripcion de reglas jurídicas?— Semejante dédalo de confusiones y de supuestos monstruosos sólo se salva reconociendo que es justo el primer hecho; y entónces no podrá ménos de confesarse que su justicia, en cuanto relativa,—(relativa al *tiempo* de la sociedad, á su estado ó situacion jurídica en aquella relacion)—dimana de la conformidad existente entre el espíritu del indivíduo que lo ejecutó y el espíritu de la sociedad: al traducirse á sí propio en aquel hecho, ha traducido juntamente con él á la sociedad: ese hecho es á la vez individual y social: individual, en cuanto expresa un estado peculiarísimo del sujeto agente: social, en lo que tiene de permanente, en su plan ideal, en la regla á que este plan obedece y que expresa un estado

(1) Hübner, *Berichtigungen und Zusatze zu Höpfner*, p. 164; Schweistzer, *De desuetudine*, p. 78, (citados por Savigny, *ob. cit.*, § 29) y otros.

general de la sociedad. Por consiguiente, él solo se basta para inducir costumbre: ¿qué cualidades ni qué firmeza le añadirá otro hecho? Si fuese cierta y legítima la teoría individualista, si el derecho tuviese su fundamento en la voluntad, habria razon para exigir un número de hechos tal, que en ellos manifestase de un modo expreso su voluntad la mayoría de los indivíduos que han contraido aquella relacion; pero para exigir dos ó tres hechos taxativamente, no hay razon en esa escuela ni en ninguna otra. Semejantes tasas son de todo punto arbitrarias. No es la costumbre á modo de una recta moral, que requiera cuando ménos dos puntos para determinarse: aquí el punto y la línea coinciden en toda su extension: en cada punto (*hecho*) está la línea (*regla consuetudinaria*) entera. Ni son los hechos á modo de testigos, cuyo testimonio envuelva nulidad miéntras no sean dos á dar fé de la costumbre, sino documentos vivos que hacen prueba plena y llevan aparejada ejecucion. Sea el siguiente ejemplo. Segun la Partida VI, tít. VI, ley 5ª, el inventario de la herencia de un difunto, cuando á beneficio de tal la acepta un heredero, debe ser hecho por escribano público y con presencia de todos los interesados en la herencia: «e si por aventura alguno de aquellos que han de aver las demandas fuese en otra parte, ó fuese en el lugar e non quisiere venir quando le llamaren, estonce débese fazer tal escrito (el inventario) *ante tres testigos* que sean homes de buena fama, e atales que conozcan a los herederos.» Ahora bien; esto no se ha cumplido nunca: siempre se han creido suficientes dos testigos, que es el número exigido por regla general en los instrumentos públicos. ¿Se podria reconvenir de nulidad un inventario en que hubieran intervenido sólo dos testigos? Segun el propio Código de las Partidas, que reconoce validez á la costumbre, no; pero si hoy es válido, ¿qué razon hay para que fuera nulo la vez primera que se infringió el precepto? Si para el primer hecho no bastaron dos testigos, y por esto se le despojó de cuantos efectos legales hubieran podido corresponderle, ¿cómo pudieron bastar en el tercer hecho? ¿Qué virtud le añade la circunstancia de haber mediado entre ellos un segundo hecho? ¿No repugna á la conciencia eso de juzgar por

criterios distintos, actos de un mismo género, producidos en igualdad de circunstancias?

Vengamos ahora al hecho de derecho voluntario.

Así como en el anterior sólo eran posibles hechos «contrarios» y hechos «concordantes,» en manera alguna «indiferentes,» aquí son imposibles los «contrarios,» porque la ley oficial no obliga, es de voluntaria aceptacion, tiene carácter meramente supletorio: los hechos de derecho voluntario, ó son concordantes, ó son indiferentes. En esta esfera de derecho, el Estado superior reconoce á los indivíduos la facultad de regir por sí sus relaciones particulares: cada cual obra en la forma que tiene por más conveniente. Que á la generalidad ha de parecer conveniente una misma forma; que en la mayor parte de los casos han de coincidir y encontrarse los indivíduos, no obstante esa libertad de accion, se hace patente con sólo considerar que faltaria coherencia social, que no existirian entidades sociales, si los indivíduos que las componen no estuvieran animados de un espíritu comun. En el seno de ellas, dijimos, se determinan corrientes, direcciones y modos uniformes de accion, que expresan la conviccion comun y el sentimiento dominante en la generalidad, y que se traducen, por lo comun, en reglas consuetudinarias: esas reglas, ó ese sentido general de la justicia, son elevados por la sociedad á categoría de ley oficial supletoria, á fin de prevenir la indeterminacion que afectaria á muchas relaciones individuales, por la negligencia de los sujetos interesados en ellas, ó para evitar á estos el inútil trabajo de estatuir de nuevo en cada caso las reglas que deben regirlo: siendo esa la forma habitual que tienen de obrar todos ó casi todos los miembros de la comunidad, cuando uno no ha hecho uso de su derecho de iniciativa, imprimiendo una forma original á ésta ó á aquella relacion por él contraida, se presume con entera lógica que, al contraerla, su espíritu coincidia con el espíritu comun de la sociedad, que su voluntad fué ajustarse al modo ordinario de obrar de la mayoría de sus miembros, y si la contrajo sin voluntad, que hubiese querido lo que quiere la mayoría de las personas que viven en circunstancias idénticas, á haber teni-

do ocasion de pronunciarse. Miéntras la sociedad mantenga el mismo espíritu que informa la ley supletoria, los hechos indiferentes, desviados de esa norma comun, serán excepcionales y poco frecuentes: así como se vaya rompiendo el acuerdo y disolviéndose la unidad de miras que animaba al todo social, esos hechos excepcionales irán siendo ménos raros, y por tanto, ménos indiferentes, y en ellos se irá dibujando una nueva tendencia, opuesta á la que, por tradicion, viene dominando en la sociedad: andando el tiempo, y acrecentándose progresivamente la proporcion de los hechos excepcionales, llega un momento en que el número de éstos se equilibra con el de los que todavía se conforman á la regla tradicional: en aquel momento crítico, el carácter de indiferencia ha dejado de ser privativo de los hechos inspirados en el nuevo espíritu: la sociedad no tiene preferencia por el nuevo ni por el viejo: el uno ha ido perdiendo en la pública estimacion, el otro en la desestima pública, y se han aproximado: entrambos son para la sociedad igualmente apreciados ó igualmente indiferentes: la mitad de sus miembros estará por éste, la otra mitad por aquél: los disidentes pesarán tanto como los ortodoxos; y la relacion de derecho en cuestion estará, como si dijéramos, empatada, en el fiel de la balanza, en un equilibrio *indiferente*. Pero la tendencia nueva sigue desenvolviéndose, obediente al impulso inicial, y la tendencia antigua retrocediendo en la misma proporcion, desalojada por aquélla: el *primer hecho* realizado á partir de ese instante crítico, decide el éxito de la lucha: en él ha pronunciado la sociedad su voluntad definitiva: el espíritu que ese hecho informa está ya en mayoría, porque tiene á su favor la mitad más uno de los hechos que se producen en el seno de la sociedad: el equilibrio se ha hecho estable: por consiguiente, ese primer hecho es representante más genuino del espíritu colectivo que todos sus contrarios, y expresa mejor que ellos las convicciones jurídicas de la comunidad. El preanterior, informado en el mismo espíritu, *aún era indiferente*, pero él es *ya* concordante (consuetudinario), y lo serán cuantos le subsigan imitándolo. Relacion inversa con respecto á la otra tendencia de la sociedad: el último hecho

producido segun el espíritu tradicional, ántes del instante crítico, *aún era concordante* y consuetudinario: el que ha sucedido á ese, pasado el punto crítico, es *ya* indiferente, y lo serán todos los del mismo género que vengan detrás, y que irán, á no dudarlo, decreciendo en número, así como vaya autorizándose la nueva costumbre en mayor número de personas. A partir de aquel primer hecho consuetudinario, la regla supletoria ha perdido toda su fuerza, porque ha quedado, como si dijéramos, en minoría, porque le falta la adhesion de la sociedad, única base en que se sostenia, porque la sociedad, representada por la mayoría de sus miembros, ha mudado de opinion; y en lugar suyo debe subrogarse, en calidad de supletoria, la nueva regla significada en aquel primer hecho y en todos los demás hechos afines á él. Tambien aquí, pues, la costumbre está toda entera en un solo hecho, se manifiesta en el primer hecho concordante en que se traduce la opinion y el sentimiento jurídico de la comunidad. Si los hechos indiferentes pudieran ser contrarios, diríamos que, para inducir costumbre en el derecho voluntario, eran menester la mitad más uno de los hechos producidos, en órden á aquella relacion, en el seno de la sociedad; pero como los hechos son siempre voluntarios, lo mismo cuando se ajustan al tenor de la ley oficial que cuando se apartan de ella, los hechos contrarios son imposibles: los hechos que se desvien de la regla general, serán meramente indiferentes, y cuando llega el momento de la transicion entre la indiferencia y la concordancia, ese momento se señala en un sólo hecho, porque los que le han precedido eran todavía indiferentes.

Tenemos, pues, en conclusion, que todo hecho consuetudinario envuelve una costumbre, no así como quiera, en estado latente, sino plenamente manifiesta, y para inducirla, un solo hecho concordante basta, sea de derecho necesario, sea de derecho voluntario. Acaso se dirá que si esto puede ser cierto en el caso de la contemporaneidad por vía de asimilacion ó prohijamiento, no así cuando la contemporaneidad se manifiesta por vía de simultaneidad ó de concidencia (§ **40**). Este reparo carece absolutamente de valor: el principio se cum-

ple lo mismo en el uno que en el otro caso: esos hechos homogéneos producidos simultáneamente, sin prévio acuerdo, ó en distintos tiempos, pero aisladamente,—sin que el autor de los unos tuviese noticia de los otros,—no constituyen série, no están concatenados entre sí por una relacion causal ni ménos cronológica: cada uno de ellos es primero: si uno cualquiera fuese injusto, lo serían de igual modo los demás, y no tendrian más fuerza todos juntos que uno de ellos por sí solo; que por esto (muy lógicamente, dado el principio de la pluralidad de actos para inducir costumbre), decia Bártholo que no basta que se ejecuten muchos actos á un mismo tiempo, sino que es menester que vayan los unos en pos de los otros, formando série cronológica (1). No es que la costumbre se manifieste una vez en el conjunto de todos esos hechos, sino que ha germinado á un mismo tiempo en diversos lugares; que para exteriorizarla, se ha diferenciado el cuerpo social en distintos puntos de su periferia. Y hé aquí por qué su identidad es sólo sustancial, no absoluta y en toda relacion: distínguenla, de ordinario, matices diversos más ó ménos pronunciados, que hacen que cada uno de esos hechos originarios ó algunos de ellos inicien una *variante* de la costumbre.

Desgraciadamente, la validez del acto único como signo para inducir costumbre, no está admitida en la ciencia ni en los códigos, segun tendremos ocasion de demostrar en breve. Algunos canonistas opinaron que «quando tota civitas vel communitas operatur contra statutum a se editum *unum actum contrarium sufficere ad revocandum statutum*, quia ibi, per unum actum significatur sufficienter voluntas statuentis de revocando statuto, cum sit idem qui contra illam operatur, quod secus est respectu legis principis» (2); cuya idea, con ser tan incompleta, y referirse á las leyes políticas y administrativas más bien que á las civiles, no ha prevalecido. Mar-

---

(1) In leg. *de quibus*, ff. *de legibus*.

(2) Ita docet Abbas in cap. *ad Audentiam*, de cleric. non resid, cum J. Andrea ex cap. *pro illorum*, de prebend. et cap. *cum accessissent*, de constit., ubi alii notant. (Suarez, *Tractatus de legibus*, lib. VII, cap. XVIII). Et Panormitanus censet sufficere unum actum contrarium, quia per illum satis indicat populus nolle consuetudinem introducere» (Ibid., cap. VIII).

tens, á cuyo juicio, la repeticion por un Estado cualquiera de unos mismos actos, durante siglos, no le obliga para lo venidero, pero sí autoriza á presumir que, en casos futuros y semejantes, obrará de un modo idéntico á como ha obrado hasta aquí, si no declara lo contrario, cree que *una presuncion de ese género puede nacer hasta de un solo acto*; pero aparte la nocion imperfectísima de la costumbre que esta doctrina envuelve, limita, al parecer, la eficacia del acto único á lugares muy secundarios del derecho de gentes, pues pone como ejemplo el caso en que se hubiese dado libremente una vez á un príncipe los títulos de Majestad, Rey, etc. Sin embargo, á pesar de todas las negaciones de la ciencia, la experiencia ha obligado á reconocer en el hecho único una fuerza tal, que casi se confunde con la costumbre. El egregio Soto, mantenedor acérrimo del principio de la pluralidad de actos, recomienda, sin embargo, muy discretamente que se procure evitar á todo trance una primera trasgresion del derecho, ó la introduccion de una novedad peligrosa por una sola vez, porque en pos de ese primer hecho querrán precipitarse otros y otros, y no tardarán en cobrar fuerza de costumbre: así (añade) tuvieron orígen las más de las prestaciones feudales (1). Muy experimentado tenian esto las Córtes castellanas y aragonesas: sabian que en agrietándose ó aportillándose por un lado el alcázar de sus libertades, se atropellarian por allí unos tras otros atentados sin cuento, que darian con él en tierra, y porque sabian esto, cuando ejecutaban ó consentian algun hecho opuesto á las prerogativas de la nacion, tenian cuidado de declarar que tal hecho no estableciera jurisprudencia para lo sucesivo ni se invocara como precedente, que era un hecho excepcional y lo desautorizaban para lo venidero, despojándolo así reflexivamente del carácter de consuetudinario. Cuando á

(1) «Quapropter admonere hic non praeteribo quantum creetur periculi dum in aliqua Republica semel aut bis quidpiam permittitur. Enimvero ad id persuadendum quod novum petitur in caussam adducitur, quod unus actus nihil nocere potest: postea vero similitudine illius alter persuadetur, ac subinde consuetudo vires nanciscitur. Idem existit periculum inter viros potentes. Ut si semel vasalli urbanitatis ac benevolentiae gratia, domino ac patrono suo munuscula obtulerint, statim urbanitas in consuetudinem rapitur, et gratia in jus debitum» (*De justit. et jure*, lib. I, quaest. VII, art. II).

principios del siglo xv, Juan II se atrevió á cobrar el impuesto en cantidad superior á la que habian votado las Córtes, con el objeto de armar una flota contra los ingleses, los procuradores de las ciudades reclamaron respetuosa pero enérgicamente, diciendo que «sentian e sienten muy grant agravio al presente, e muy grant escándalo e temor en sus corazones, de lo que adelante se podria seguir, por les ser quebrantada la costumbre...» y piden para lo venidero que por caso alguno que acaezca, menor, igual ó mayor que el que motivó el desafuero, se derrame pechos sin que ántes hayan sido otorgados por los procuradores de las ciudades y villas; «e que si de otra guisa acaesciese de se facer por rrazon alguna, que desde agora la vuestra sennoria avrá por bien que por tal manera non se pagase nin oviese efecto» (Córtes de 1420);» en lo cual hubo de venir el rey.

No hay, con efecto, nada más contagioso ni más indestructible que un precedente: es el primer argumento que los partidos triunfantes oponen á las objeciones y á los ataques de sus adversarios: es la primera *razon* que invocan los que tienen que recabar algo del poder, y el más fuerte asidero de todo hombre, y áun de toda entidad social que necesita cohonestar un hecho, ó regular su conducta para lo venidero, ó mover la conducta de los demás en el sentido que á fines particulares suyos interesa. En las relaciones del derecho de gentes, una nacion aspira á ser tratada por otra del modo que ésta trata á las más favorecidas; pues esto mismo ha de decirse de los indivíduos: donde hay una misma razon de derecho, debe aplicarse una misma disposicion legal; por esto se generalizan con tanta rapidez y se hacen derecho comun los privilegios: por esto, tambien, cuando un gobierno accede á la peticion de una persona ó adopta una resolucion en un expediente particular, extiende su eficacia á todos los demás casos análogos. El fuero de extranjería que, en el siglo xvii, concedió España á los súbditos ingleses, espontáneamente, primero, y poco después en un tratado, hubo de extenderlo la práctica á los naturales de otras muchas naciones; escribióse después esa costumbre en multitud de tratados con diversas po-

tencias, y por último, se hizo ley internacional de carácter general, independientemente de todo pacto, y aplicable á todos los extranjeros sin distincion, fuesen domiciliados ó transeuntes. El reglamento de la Academia Española establece que los elegidos para académicos de número tomen posesion en junta pública en el término de seis meses, pasados los cuales sin hacerlo, se les prevendrá que si no se presentasen dentro de los cuatro siguientes, de nuevo se declarará vacante la plaza y se procederá á otra eleccion; pero una vez se tuvo benevolencia con un electo, y este hecho único sentó jurisprudencia para lo sucesivo, y bastó para establecer costumbre contra ley, porque no habia razon para tratar á los demás con mayor rigor. Cuando en 1877 estalló la guerra entre Rusia y Turquía, el nuevo sistema de defensa de los puertos por medio de torpedos, sobre el cual no habia tenido ocasion de pronunciarse el derecho internacional marítimo, hizo necesario adoptar ciertas precauciones, para evitar, por una parte, que los buques neutrales, al entrar en los puertos defendidos y atravesar la línea de defensa, sufriesen menoscabo, y por otra, que el enemigo se enterase de los puntos en que habian sido colocados aquellos aparatos: el gobierno ruso circuló algunas disposiciones fijando las condiciones y formalidades con que se permitiria la entrada y salida de embarcaciones mercantes y cruceros de guerra en el puerto de Odesa, golfo de Sebastopol, estrecho de Kretch, etc.:—á no dudarlo, este primer hecho establece jurisprudencia para lo futuro: en las guerras que ocurran en lo sucesivo, las naciones beligerantes no tendrán ya que discurrir la forma cómo han de satisfacer esa necesidad, se limitarán á reproducir aquel primer hecho, y ninguna nacion podrá oponerse, después de haber reconocido tácitamente la justicia y la oportunidad de aquel precedente. Este mismo fenómeno estamos presenciando en estos momentos, con motivo del sordo movimiento social que fermenta en Irlanda, al grito de «ley agraria:» en atencion á la miseria de las poblaciones irlandesas y al modo de constitucion de la propiedad territorial en aquella isla, piden al gobierno que haga una expropiacion forzosa del suelo, indemnizando su va-

lor, á fin de repartirlo en suertes pequeñas entre los colonos, y para justificar su pretension, citan un precedente, la isla del Príncipe Eduardo, dependiente del Canadá, á cuyos propietarios expropió por un decreto el gobierno á causa de la miseria que afligia á los labradores. Aun en los hechos más insignificantes de la vida se observa ese mismo respeto al precedente: cuando se inicia una suscricion, por ejemplo, los primeros que la encabezan calculan la suma con que deben contribuir, habida consideracion á sus medios de fortuna y á la importancia del fin ú objeto á que se destina la colecta: los suscritores que siguen á éstos no calculan ya nada: se limitan á observar la cifra con que figuran los demás *de su clase*, y esa es la que adoptan: los primeros han dado el tono á los demás; les han impuesto, por decirlo así, un pié forzado.

De un modo oficial, en ningun pueblo de la tierra se halla hoy reconocido el valor consuetudinario del hecho único como en Inglaterra: el organismo excepcional y raro de su legislacion produce algo semejante á lo que es vivo *desideratum* de la filosofía del derecho. La llamada *Common law* ó derecho comun, no se halla escrita, sino que reside en estado latente en la conciencia del pueblo, para irse manifestando á medida que lo requieran las necesidades de la vida diaria: esa manifestacion la hace el pueblo en sus hechos, y la sancionan en sus sentencias los jueces, infalibles intérpretes de la conciencia popular: la primera sentencia, á pesar de que no reviste carácter de ley, sirve, no obstante, como prueba de que existe la disposicion á que se refiere, y se hace, por esto, obligatoria para todos los tribunales en casos análogos: cuando se presenta un hecho nuevo, sin precedente conocido en los tribunales (lo cual quiere decir que no habia ocurrido hasta entónces la necesidad que lo ha provocado), como la *common law* se supone siempre que es completa, el juez estatuye acerca de ella, inspirándose en el sentimiento jurídico de la colectividad, y su fallo, con ser único, sirve ya de precedente, como si dijéramos, de ley para el porvenir. De aquí la importancia que tienen las compilaciones metódicas de sentencias (*reports*), hechas por jurisconsultos ilustrados, las cuales constituyen la

doctrina general del derecho inglés. De este modo, toda nueva necesidad que hace su aparicion en la vida, todo nuevo progreso que se cumple en las ideas, encuentra un eco en lo que podríamos denominar derecho pretorio ú honorario, y en él se perpetúa con carácter de generalidad.—En los Estados-Unidos, ya queda dicho que tiene el precedente judicial eficacia negativa poderosísima con respecto á las disposiciones que no se conforman con la Constitucion: se supone que ésta constituye un poder superior al de las leyes, y que obliga á los legisladores lo mismo que á los demás ciudadanos, y los jueces pueden fundar en ella sus fallos con preferencia á toda otra ley ó decreto: cuando un ciudadano desobedece ó infringe una ley que el juez considera inconstitucional, lo absuelve; si invoca esa misma ley, se niega á aplicarla, y aquel primer hecho sirve de leccion á todos aquellos que tienen que agitar ante los tribunales asuntos de la misma índole: «á los interesados á quienes tal ley ha perjudicado, se les advierte con eso que existe un medio de sustraerse á la obligacion de obedecerla; se multiplican los litigios, y la ley cae en la impotencia: entónces sucede una de estas dos cosas: ó el pueblo varía su Constitucion, ó la legislatura revoca su ley (1).»

En España está ocurriendo en estos momentos algo parecido. Autorizado por una ley votada en Córtes (30 Dic. 1878), encargó el Ministerio á la Comision de Códigos, y publicó luégo, una «Compilacion de las disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal;» pero la Comision no se dió por contenta con sólo compilar, y estableció en muchos casos doctrina nueva y contraria á la que consagraban las leyes procesales: esto, y los innumerables defectos, errores y contradicciones de la obra, hicieron que fuese duramente combatida por la prensa: últimamente ya, el Tribunal Supremo se negó á obedecer uno de sus artículos, y lo declaró nulo é ineficaz, fundándose para ello en que se habia cometido una extralimitacion de atribuciones, en que la citada ley autorizó la publicacion de la Compilacion solamente para *refundir* las disposiciones

(1) Tocqueville, *De la Democracia en América*, lib. I, cap. VI.

vigentes que se relacionan con el procedimiento criminal, y en que el artículo en cuestion de la Compilacion (944) era contrario á lo que disponia la ley de Enjuiciamiento de 1872. En este hecho único, iba envuelta una regla consuetudinaria ó de jurisprudencia que echaba por tierra toda la Compilacion, porque declarando que solamente le reconocería fuerza legal en la parte que se ajustase á los límites de la autorizacion concedida por las Córtes, habiéndose alterado en ella la mayor parte de las disposiciones anteriormente vigentes en materia de Enjuiciamiento, y siendo el Tribunal Supremo regulador y maestro universal de la interpretacion judicial, abria camino á los tribunales inferiores y á los juzgados para dejar incumplimentada en los más de los casos las disposiciones de la Compilacion: por esto, el Gobierno, viendo muerta su obra, ha reconocido su error, y sin aguardar á que recaiga un segundo fallo contrario á ella, se ha resuelto á retirarla, prometiendo á las Córtes presentar una proposicion para que suspendan sus efectos legales (1). Otro ejemplo. Por el mes de Marzo de 1859 ocurrió un conflicto de derecho de tal naturaleza, que puso al Tribunal Supremo en la alternativa de causar á sabiendas perjuicios irreparables á un tercero (los pobres de Carmona) interesado en un testamento, y que no habia tenido intervencion ni representacion en el litigio, ó infringir la absurda ley que limita sus atribuciones, en los recursos de casacion en el fondo, á declarar si la ejecutoria de una Audiencia es ó no contraria á la ley ó doctrina que se citó oportunamente: optó por lo segundo, amparóse en una presuncion,—ó en otros términos, en una ficcion del género de las que han acreditado el Pretor y la Court of equity (2), y dejó á salvo el derecho del particular: claro

(1) No se ha cumplido esa promesa al pié de la letra, pero se ha hecho algo equivalente, en el momento en que se imprimen estas líneas: decretar una extensa lista de rectificaciones y enmiendas, adiciones y supresiones, y una nueva edicion de la *Compilacion* rectificada en esa forma.

(2) «Considerando que, aunque la ley de Enjuiciamiento haya limitado las atribuciones de este Tribunal Supremo..., no es posible suponer que haya querido colocarle en la ineludible alternativa de fallar contra derecho ó de causar á sabiendas un perjuicio irreparable á quien no ha litigado ni ha sido llamado á juicio, alternativa peligrosa y notoriamente injusta... (Sentencia de 28 de Marzo de 1859).»

está que en ese hecho único, en esa única sentencia, se contiene un precedente obligatorio, un estilo de jurisprudencia, una regla honoraria. Acaso se me dispute esto, que, sin embargo, no puede ser más obvio. Nadie pondrá en duda que cuando el Tribunal Supremo haya pronunciado diversos fallos en ese sentido, habrá establecido una práctica ó doctrina de jurisprudencia, ó más claro y sin ambajes, una costumbre contra ley: el segundo hecho ha dado mayor fuerza al primero, pero fortalecer y consolidar no es constituir: la razon á que obedece la sentencia, ¿es menor en el primero que en el segundo? ¿Tienen ménos razon los litigantes del primer caso, en que no hay precedente todavía, que los del segundo, en que ya lo hay? No se hará nunca cómplice la ciencia de las doctrinas sustentadas por el propio Tribunal: 1°, que «la jurisprudencia, por su misma naturaleza, supone reiteradas resoluciones de idéntica especie (1):»—2°, que «la práctica ó jurisprudencia de una sola localidad ó tribunal no forma jurisprudencia,» «no es bastante por sí á constituir la doctrina legal cuya infraccion cita la Ley de Enjuiciamiento como mérito para producir la casacion (2).» Y sin embargo, se ha desestimado un recurso interpuesto contra la sentencia de un tribunal de Cuba, entre otras razones, porque «se habia procedido con arreglo á la práctica y doctrina legal recibida en los tribunales de Ultramar (3).» Es decir, que la práctica de un tribunal es ineficaz para los que litiguen en otro; válida, la de dos ó más. Pero pudiera suceder que una Audiencia introdujese tal doctrina nueva, que significara un progreso, y que, respondiendo al sentimiento de las demás Audiencias, la aceptaran voluntariamente, si les fuese conocida, como ha debido suceder en Ultramar con respecto á la práctica aludida, por virtud de la cual, una vez desestimada la demanda ejecutiva en virtud de oposicion del ejecutado, se sigue el pleito por la via ordinaria en los mismos autos, recibiéndolos desde luégo á prueba, sin

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de Junio de 1866.
(2) *Ibid.*; y Sent. de 21 Junio 1864.
(3) Sent. de 2 Octubre 1861.

necesidad de entablar nueva demanda ni de emplazar otra vez al demandado.

En resúmen: la doctrina del hecho único tiene aplicacion, lo mismo á la costumbre del Estado oficial que á la del Estado social ó comun (1).

Acaso se dirá que si un solo hecho basta, está por demás la regla positiva: en la misma forma que obró el primero, especificando directamente en sus actos el derecho natural, podrán obrar los demás, sin que tengan necesidad de atenerse á ley ni á costumbre de ningun género. Pero ha de tenerse en cuenta: —1°, la desigual capacidad intelectual que adorna á los diversos miembros de una comunidad: los mejor dotados en este respecto encuentran la norma de conducta correspondiente á un determinado órden de relaciones jurídicas con más facilidad que aquellos cuyas facultades creadoras están ménos desarrolladas, y con sus hechos les muestran prácticamente el camino que deben seguir para lograr sus fines y satisfacer sus necesidades, y tal vez les facilitan los medios que por sí no alcanzarían nunca:—2°, la necesidad de obrar con más rapidez

(1) La doctrina de la unicidad del hecho consuetudinario ha sido clara y resueltamente establecida por F. Giner en sus anotaciones críticas á la *Enciclopedia* de Ahrens. Dice éste: «Procede la costumbre inmediatamente, no de la voluntad ni de la conciencia del pueblo, sino de actos voluntarios de determinados individuos, que establecen como derecho para ellos ciertas reglas: proponiéndose que valgan en general para ulteriores relaciones semejantes. Repitiendo tales actos, é imitando otros individuos, en fuerza de igual necesidad, la conducta de los primeros, se convierten en *costumbre, hábito.*» Y nota Giner: «Si *inmediatamente* quiere decir que el pueblo, como ninguna personalidad social, no obra sensiblemente, sino por medio de sus miembros, la observacion parece insuficientemente motivada; si, por el contrario, se pretende con esta palabra dar á entender que la costumbre nace primeramente en el individuo y se eleva desde él gradualmente, por la repeticion, á uso social, y adquiere el rango de regla jurídica, la afirmacion resulta, por lo ménos, incompleta. El individuo, *como tal*, esto es, como persona independiente y sustantiva, *jamás* tiene el poder de establecer reglas para la comunidad, y un número infinito de individuos ó de actos repetidos no tendrian mayor fuerza tampoco. El individuo, en estos casos, obra en representacion del todo social, de que es miembro, al cual únicamente pertenece aquella funcion, y de cuya conciencia é *intento* (no de la pura repeticion) recibe su fuerza la regla consuetudinaria, segun reconoce tambien el autor en las palabras: «proponiéndose que valgan para ulteriores relaciones semejantes.» Por esto puede á veces un solo precedente «hacer ley,» ó sea, «servir de regla,» como acontece en ocasiones en los Tribunales. (*Enciclopedia jurídica*, ó *Exposicion orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, por E. Ahrens, version directa del aleman, aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor, por F. Giner, G. de Azcárate y A. Gonzalez de Linares: 1878, t. I, p. 113).»

de lo que consiente el lento y penoso trabajo de la reflexion, y con más seguridad que la que puede fundarse en una primera resolucion no bien meditada ni probada en la piedra de toque de la experiencia: trae ésto consigo la exigencia de que se divida el trabajo jurídico entre los hombres, y de que cada uno aproveche la experiencia de los demás: la regla que los más expertos han fijado en sus hechos, sirve á la generalidad de disciplina y de enseñanza, les evita el largo y delicado proceso que hemos estudiado, para elaborar interiormente el hecho, bastándoles el más llano de la adaptacion, y les ofrece un guia seguro con que librarse de yerros y tropiezos, en que fácilmente pudieran caer:—3º, la posibilidad de una omision por parte del interesado en una relacion jurídica, y la posibilidad de una perturbacion ó de una trasgresion; lo cual lleva consigo la necesidad de que exista un criterio positivo universal, regla supletoria en el primer caso, reparadora en el segundo.—Esta observacion, lo mismo se aplica á los hechos de derecho natural que á los hechos de derecho positivo (§ 1). Ya hemos visto que, para cumplir una ley, lo primero que necesita hacer el sujeto es penetrar el pensamiento del legislador, interpretarlo, alzar el velo de la letra en que hubo de figurarlo. El primer hecho que ha sido consecuencia de ese trabajo reflexivo de asimilacion, interpretacion y adaptacion de la ley, puede decirse que se subroga en lugar de la ley misma, y que establece regla para todos los que le siguen. La razon es obvia. El hecho es un signo, como lo es tambien la expresion fonética ó fonográfica del legislador, pero mucho más claro que ésta, porque la accion está en relacion más directa con el pensamiento que el lenguaje; y siendo más claro, es tambien más accesible al vulgo de las inteligencias. Si ese primer hecho está en el sentido de la ley, tal como puede ser entendida y aceptada por la comunidad, y el poder judicial no encuentra que sea necesario rectificarlo, los demás ciudadanos, para cumplir la ley, no principiarán interpretándola, sino que aceptarán la interpretacion que les es dada en aquel hecho primero. Así la ley se hace costumbre (unas veces, conforme de todo en todo con el pensamiento del legislador, y otras, ampliándo-

lo ó restringiéndolo) por el mismo procedimiento con que se enjendran las costumbres originales, emanadas directamente del derecho natural.

Por lo demás, dicho se está que entre la costumbre de derecho necesario y la costumbre de derecho voluntario, existe la misma diferencia que entre los respectivos derechos informados en ellas: la primera, al punto de producida, se hace obligatoria: la segunda continúa siendo facultativa, y su régimen, cuando más, puramente supletorio. Allá, la regla desusada queda prohibida; aquí, la regla que deja de ser supletoria, pueden ponerla en vigor los indivíduos en sus relaciones particulares.



CAPITULO V.

EL HECHO HABITUAL.

42 La pluralidad de actos: ley psico-física de Weber: el hábito.—El capítulo antecedente nos ha dado esta conclusion: la costumbre, como regla positiva de derecho, tiene existencia y eficacia plena desde el instante que se ejecuta un solo hecho consuetudinario: es contrario á los principios eternos de justicia hacer depender el reconocimiento oficial de aquella regla, de que se haya manifestado en una pluralidad de actos. Pero ¿quiere decir esto que la pluralidad de actos sea de todo punto indiferente é ineficaz, que no cause efecto alguno, en la génesis de la costumbre y en la vida?

Para resolver este nuevo aspecto del problema, nos bastará recordar: 1º Que el hábito es una forma necesaria de la actividad del sér racional, y un instrumento por cuya virtud se forma la tradicion, se acumula el progreso, arraiga la ley, y la vida se hace más fácil y ménos penosa (§ **23**): 2º Que el hábito se enjendra, unas veces, de la *repeticion* de un cierto número de impresiones, estados, actos ó movimientos homogéneos; otras veces, de la *permanencia* ó continuidad de una misma impresion, acto ó estado, durante un cierto espacio de tiempo. Estos dos modos de generacion del hábito, sustancialmente son idénticos; diferenciándose únicamente en que, allá, cada uno de los momentos de la série constituye un acto independiente de los demás, y separado de ellos por una

interrupcion ó intermitencia; al paso que aquí, la série es de tracto contínuo, sin suspension ni cesacion de momento á momento. Pero ¿en virtud de qué, esta continuidad ó esta repeticion de las impresiones exteriores, ó de los impulsos del alma, ó de los actos, los hace habituales? Ya en el § **20** hemos definido el hábito desde el punto de vista del aparato neuropsíquico; hemos explicado cómo se inician y se consolidan en él *líneas de vibracion y de reaccion*, correspondientes á otros tantos *hábitos* de naturaleza predominantemente corpórea ó espiritual; y cómo, mediante esto, desciende á ser automático lo que en un principio fuera consciente y reflexivo. Insistamos nuevamente sobre este punto, que es fundamental en la teoría del hábito.

El orígen y la naturaleza de éste se explica por la relacion cuantitativa existente entre la excitacion y la sensacion. Los pacientes y delicados análisis que en estos últimos años han llevado á cabo Weber, Fechner, Helmoltz, Wundt, Delboeuf, Hering y otros, han producido, entre otras, estas conclusiones: 1ª *Todo incremento de la excitacion* (ó sea, de la intensidad con que obra sobre nosotros el proceso natural que la determina, temperatura, sonido, luz, color, presion, etc.) *lleva consigo un aumento correspondiente en la sensacion*:—2ª La proporcion entre uno y otro aumento no es igual: la sensacion crece más lentamente que la excitacion: *para que la sensacion aumente en progresion aritmética* (1, 2, 3, 4, 5...), *la excitacion ha de aumentar en progresion geométrica* (1, 2, 4, 8, etc.; ó 1, 3, 9, 27, etcétera); ó de otro modo: la sensacion es proporcional al logaritmo de la excitacion : tal es la llamada ley de Weber, cuyo enunciado modifica Delboeuf, tomando en cuenta, además de la excitacion exterior, la interior fisiológica:—3ª Toda *sensacion que corresponde á una excitacion permanente é igual, se va debilitando gradual y progresivamente*, y hé aquí uno de los efectos principales del hábito, que en breve hemos de examinar.—El enunciado de estas leyes supone que el órgano corporal correspondiente se halla en estado normal de salud y de capacidad funcional, y no extenuado por la fatiga; y además, que la intensidad de la excitacion no es demasiado débil, porque

entónces se hace imperceptible y la sensacion no se produce, ni demasiado fuerte, porque entónces, el órgano periférico receptor se destruye ó se enerva y paraliza por más ó ménos tiempo, y la sensacion tampoco se produce, ó es una sensacion dolorosa. La accion normal de los órganos receptores se ejerce entre un límite máximo y otro mínimo, y solamente dentro de ellos tienen jurisdiccion aquellas leyes.

De las tres, la más interesante á nuestro propósito es la última, que se ha llamado de la *degradacion* de la sensacion. Solicitado el sujeto por una excitacion externa ó interna, tiene que hacer un esfuerzo, vencer la resistencia que le opone el equilibrio estable de la sustancia nerviosa, interpretar la sensacion, discernir la causa que la ha provocado y la necesidad que en ella se manifiesta, deliberar acerca del modo cómo debe contestarla ó satisfacerla, y por último, ejecutar el acto resuelto ó acordado. Consumado el acto, el organismo regresa á su anterior estado de equilibrio, pero no ciertamente sin dejar un rastro: las moléculas nerviosas que vibraron á influjo de aquella excitacion, y que mediante esa vibracion la propagaron hasta los centros, cesan de vibrar, pero conservando una aptitud especial para reanudar su movimiento vibratorio tan pronto como la afecte de nuevo la misma impresion. Si las impresiones son tan ligeras, tan poco intensas, ó el intervalo que media entre ellas es tan largo, que el sistema nervioso se desacostumbra de ellas con el desuso, y la memoria las da al olvido, la línea de vibracion se renueva y se borra casi por completo á cada nuevo hecho, y cada nuevo hecho es, por decirlo así, primero: la resistencia es siempre la misma, el hábito no se produce. Pero si la impresion es muy intensa ó muy prolongada, ó se repite con intermitencias de corta duracion, la disposicion molecular adoptada en el momento del desequilibrio causado por el paso de la impresion, se hace permanente (1), connatural, se sustituye en lugar del

(1) Así se explica el concepto que da del hábito Salmeron: «Como cada interior determinacion del tiempo es propia y sustantiva en su límite, segun lo es el tiempo uno y todo; y como en la continuidad mantiene cada tiempo determinado su propio lugar en la serie y *hace estado* en ella, resulta de aquí: 1° que cada tiempo

anterior estado de equilibrio, y no opone, por tanto, tan grande resistencia como el principio: el desequilibrio de ántes será el equilibrio de ahora y viceversa: *altera natura consuetudo*, que decian los romanos: τὸ δὲ πολλάκις φύσιν ποιεῖ, que decian los griegos y repitió Aristóteles: el alma podrá ya descansar de aquel trabajo de interpretacion de la sensacion, de debate interior y de impulso á los músculos: el acto se ejecutará casi automáticamente. Siendo una misma la excitacion de la necesidad en todos los casos, la impresion, de una á otra, es ménos intensa, la sensacion se degrada, y la cantidad de energía consumida es cada vez menor: la intencionalidad, la reflexion, el esfuerzo, decrecerán proporcionalmente al número ó al tiempo de su duracion. La línea de vibracion, al iniciarse, es como un *órgano nervioso adventicio*, cuya funcion se contrae á aquel género de impresion y de sensacion que la determinó; si la impresion y la sensacion se repiten, si la línea vibratoria se ejercita durante algun tiempo, se consolida, se trasforma en *órgano permanente*, resultando: 1° Que el objeto causante de la excitacion es mejor comprendido, y el acto responsivo ejecutado con más perfeccion, por lo que digimos al hablar del agente del hecho jurídico (§ **14**): 2° Que el sujeto no necesita hallarse presente todo él, en la unidad é integridad de todo su sér, para recibir la impresion y ejecutar el hecho, porque le representa ese órgano invisible que se ha formado en el interior de la masa nerviosa por la accion de los procesos naturales exteriores ó del trabajo interior del espíritu. A cada una de esas líneas de vibracion, á cada una de esas diferenciaciones permanentes de la masa nerviosa, á cada una de esas vías interiores que abren y recorren las impresiones y las impulsiones, corresponde un hábito. Y así como el alma, considerada en su realidad histórica, es la resultante de todos los hábitos adquiridos y de todas las predisposiciones heredadas

---

particular tiende en su duracion á hacerse permanente, determinando en el *yo*, como ser temporal histórico, una cierta predisposicion á mantener el mismo estado: en esto consiste precisamente el *hábito*, y de aquí nace lo que se llama la tradicion, que conserva un estado temporal cumplido, como *ley* de los ulteriores... (*Principios analíticos de la doctrina del tiempo*, apud *Revista de la Universidad de Madrid*, Mayo de 1875).»

de los antepasados,—el aparato neuro-psíquico es, paralelamente, una trama ó tejido de líneas vibratorias, cuáles efectivas, cuáles latentes, que no excluyen, por muchas que sean, la posibilidad de infinitas otras.

No es, pues, el hábito un agente, una fuerza, una potencia, como á veces decimos en figura; no es un principio de accion, como entendia Thomas Reid, ni ménos una causa productora de derecho, como pretende el moderno positivismo: es una forma ó un estado de la actividad racional psico-física; la actividad habitual es la *actividad organizada*, *mecanizada*, educada por el conocimiento, encauzada por la voluntad en una cierta direccion, diferenciada ó especificada para un órden determinado de sentimientos, de pensamientos, de resoluciones ó de actos, y que sigue obrando conforme al impulso recibido aun mucho tiempo después que ha cesado éste. No es que un acto tenga la extraña virtud de enjendrar otro de la misma naturaleza, que la razon de ser de los actos de una série enlazada resida en los que le anteceden, como pensaba Lemoine: la razon de ser es comun á todos, y reside en aquella esencia, en aquella finalidad en que se inspiran y que en ellos se va exteriorizando é informando: los actos no difieren en nada unos de otros: la diferencia está en la actividad ejecutiva que los causa, la cual se va adaptando á ellos y sintiendo cada vez ménos el esfuerzo necesario para ejecutarlos (1). El hábito no es el motor, sino el volante de la máquina que, en la sucesion de sus giros, almacena fuerza, y adquiere una predisposicion ó una tendencia á seguir girando, y girando en el mismo sentido. Se produce una especie de equilibrio entre el sistema nervioso y el objeto excitante, y el acto se

(1) «No sólo la multiplicidad y la debilidad, sino además la repeticion y la costumbre, son causa de que se oscurezcan y áun se borren los fenómenos en el seno de la conciencia. Nada despierta más vivamente la conciencia ni imprime en nosotros una huella más profunda que los esfuerzos y los movimientos voluntarios. Sin embargo, al cabo de un tiempo más ó ménos largo, por efecto tan sólo de la repeticion y de la costumbre, llegan á perder su carácter saliente, y acaban por cumplirse por sí mismos y sin que nosotros mismos lo sepamos. Una serie de degradaciones sucesivas de la voluntad y de la conciencia los convierte en una especie de instinto que viene de nosotros. Esto es manifiesto en cada arte, en cada profesion, ó más bien, en el ejercicio general y ordinario de nuestra actividad (Bouillier, *El principio vital*, cap. 22).»

ejecuta como por sí mismo, sin el menor esfuerzo de la voluntad.

Ya se comprenderá con esto que el hábito no es un término fijo y absoluto, sino que oscila entre una máxima y una mínima, que su formacion es gradual y ha de dividirse en edades. Entre el primer momento de la série, cuando el sujeto se halla todavía en la plenitud de su libertad, y aquel otro momento en que la actividad alcanza su máximum de habitualidad y de automatismo, y se impone al sujeto con fuerza casi irresistible, se extiende una escala de términos medios, en cada uno de los cuales se da á conocer el hábito con un grado superior de desarrollo: allá, el hábito se enjendra de los hechos; aquí, parece que los hechos son determinados y enjendrados por el hábito. *El hábito es inversamente proporcional á la sensacion, y por tanto, la progresion de aquél es directamente proporcional á la degradacion de ésta.* La rapidez de esta degradacion, ó lo que es igual, de la intensidad y fijeza de la línea de vibracion, depende de una multitud de causas, á saber: intensidad de la sensacion; número de veces que la sensacion se repite; tiempo que permanece y obra cada una; duracion de los intervalos que separan unas de otras. Todavía hay que tener en cuenta la predisposicion ó preparacion en que pueda encontrarse el sujeto para aquel órden de impresiones, y el auxilio que pueda llegar á éstas de otras afines recibidas al mismo tiempo.

43. Funciones del hábito en la génesis y desarrollo de la costumbre, y en la vida.— Un hecho consuetudinario, hemos dicho, lleva en sí toda la costumbre; pero, á menudo, la necesidad jurídica en cuya atencion ha sido ejecutado, ofrece multitud de aspectos, segun las circunstancias de cada sujeto individual ó de cada entidad colectiva; y como el primer hecho únicamente atiende á uno de esos aspectos de la necesidad, la costumbre iniciada en él se desarrolla con los hechos sucesivos que cultivan los demás aspectos, se hace más general y comprensiva, abraza el principio ideal de aquella relacion en un número mayor de matices y de individualizacio-

nes temporales. Por otra parte, como la ejecucion del hecho nos da el conocimiento experimental del plan, ó lo que es lo mismo, de la regla, nos permite completarlo ó rectificarlo para lo sucesivo, áun respecto de aquella modalidad particular de la relacion que se ha hecho patente en el primer hecho; con lo cual, la costumbre se concreta y define más y más. Por esto, algunas instituciones de derecho, trasformadas al contacto de las nuevas necesidades que el comercio traia consigo, se han desdoblado, mostrando nuevos aspectos ántes no conocidos, y se han mejorado considerablemente por efecto de la experiencia que daba á los mercaderes la constante reproduccion de un mismo órden de hechos, y de las mayores facilidades que les procuraba su carácter de órganos especiales de ese fin social.

La segunda funcion del hábito es hacer más fácil, más rápida y más segura la ejecucion de los hechos jurídicos. Aquí es donde ejerce de un modo más ostensible su bienhechora influencia. Los primeros hechos nos familiarizan con la impresion que los ha provocado, con el juicio que siguió á la impresion y con los movimientos que fueron efecto de ese juicio: no necesitamos ya calcular la magnitud y energía del esfuerzo que ha de desplegarse para vencer las resistencias que se oponen al movimiento proyectado, ni la direccion en que hemos de aplicarlo, porque lo sabemos ya por las reflexiones que precedieron á los movimientos anteriores y por la experiencia que en ellos adquirimos: ni nos preocupamos de si el resultado corresponderá á nuestro deseo, porque nos anticipamos á él, en virtud del principio axiomático, innato en el alma racional, de que causas iguales producen efectos iguales: ni siquiera para resolvernos á obrar necesitamos casi invertir una parte de nuestra atencion y de nuestra actividad psíquica, porque en la vida comun, como ha dicho muy bien Horwitz (1), «la mayor parte de nuestras resoluciones están dictadas de antemano por la costumbre.» «La vida de los hombres, dice Tarrasa, sería imposible, si todos sus actos, áun los más insignifi-

(1) Vid. *Revista Europea* de Madrid, Mayo de 1876.

cantes, hubieran de ser deliberados, esto es, medidos y pesados ántes de ser practicados; semejante deliberacion sólo es necesaria en muy pocos casos: en la generalidad de los otros, basta el hábito del indivíduo y la costumbre del pueblo en que se vive, para seguir una costumbre ordenada y conveniente: esto permite reposar á nuestra libertad, que jamás se ejercita sino á expensas de una gran parte de nuestra energía, y que ejerza su imperio el hábito en nombre de aquella libertad. Los usos y las costumbres tienen, por esto, una importancia extraordinaria, no sólo como medio para conocer y estudiar á los hombres y á las naciones, sino tambien como regla de conducta, cuya verdad abona la experiencia de lo pasado»(1). Las voliciones que determinaron los primeros actos, se constituyen, merced al hábito, en una como fuerza constante, que sigue determinando todos los actos posteriores que convergen al mismo fin. La primera impresion recibida principia á abrir el surco ó huella que después se va ahondando con los sucesivos, hasta convertirse en ancho cáuce por donde fluye reposadamente la vida, casi sin que nadie la impulse, por movimiento propio. Por esto, la pedagogía contemporánea pone todo su empeño en dirigir los primeros años del niño, que deciden casi siempre del carácter y de la futura suerte del hombre; por esto, dice Santo Tomás que á los malos se les debe constreñir y obligar al bien, para que poco á poco contraigan el hábito de él, y vengan á hacer voluntariamente lo que al principio ejecutaban por la fuerza. Hecho hábito el bien en la primera edad, más por el influjo mecánico del ejemplo ó por la coaccion moral que por efecto de la propia reflexion, puede decirse que está asegurado su imperio para siempre, y será ya difícil que naufraguen los principios morales cuando, en la edad madura, vengan á ponerlos en litigio los conflictos y asperezas de la realidad. Parece el hábito como aquellas máquinas en cuyo complicado rodaje ha mecanizado el artífice su voluntad é impreso su plan en caractéres de hierro: la máquina no cesa ya de funcionar aunque se ausente el artífice que

---

(1) *Estudios de Derech o civil de España*, 1866, p. 104.

la ideó, ó le retire el concurso de su voluntad. Al obrar el sujeto, ha conquistado sobre lo desconocido ó *nullius* un sentimiento, una verdad ó un producto, pero, además, ha perfeccionado su aptitud para aquel órden de realidad, ha adquirido un poder para repetir la misma accion, para sentir, pensar ú obrar del mismo modo, y descubrir nuevas verdades ó fabricar nuevos productos con ménos esfuerzo, al principio, y después casi sin esfuerzo alguno. Así, el hábito viene á ser una forma de capitalizacion de lo pasado. Todo tránsito de algo desde la potencia al acto, deja en pos de sí dos cosas: una sustancial, lo *hecho*, lo producido, la obra, la esencia que ha sido traida al tiempo y cobrado sér é individualidad permanente: otra referente á la actividad, un aumento ó un desarrollo de la *facultad* de reproducir aquella misma obra, de sentir, pensar, recordar, idear planes y ejecutarlos. Esta facilidad que nace del hábito, es como un producto más que se dá por añadidura sobre los que la humanidad obtiene intencionalmente del ejercicio de su actividad y va depositando en la historia, descubrimientos científicos, obras de arte, instituciones jurídicas, sentimientos morales, sistemas de filosofía, capitales económicos, etc. Mediante ella, somete á su imperio el porvenir, lo prevé, se anticipa á él y le traza reglas. Precisamente en esto se fundan: 1º El aprendizaje de los oficios y de las profesiones: 2º La division del trabajo que, segun vimos, tiene en derecho las mismas aplicaciones que en las demás esferas de la vida.

Mediante el hábito, se forma la tradicion, se hermanan el pasado y el porvenir en el presente, y discurre la vida en série enlazada, sin saltos bruscos y sin interrupcion. Si cada hecho fuese independiente de los demás, si la realidad se fuera extinguiendo al compás de su advenimiento á la vida y nada quedase de ella, si la evolucion del sér no fuera seguida de una involucion, y el presente no estuviese lleno del pasado ni el porvenir fuese una consecuencia de los gérmenes depositados por él, la vida principiaría cada vez de nuevo, el indivíduo sería siempre niño, la humanidad no saldría nunca de su edad primitiva, viviría siempre en la infancia. Pero, gracias al há-

bito, todo hecho presente es una resultante del pasado y una iniciacion para el porvenir. Las ocasiones de obrar se precipitan unas á otras en acelerado ritmo, y no consienten que nos detengamos á reflexionar sobre lo que más conviene hacer en cada una: basta referir la ocasion, no bien se presenta, á sus semejantes del pasado, para que el sujeto se ponga inmediatamente á obrar como habia obrado en aquella sazon, sin calcular las consecuencias, pero seguro del resultado. Así aprovechamos la experiencia personal y nos apropiamos la ajena, aprendiendo en nuestros hechos pasados y en los hechos de los demás, sin necesidad de que esforcemos nuestra reflexion ni de que corramos el riesgo de un yerro ó de una caida desastrosa.—Por lo demás, dicho se está que esa asimilacion de los hábitos sociales por el indivíduo tiene que ser forzosamente, en mayor ó menor grado, reflexiva, pues supone por parte de éste una interpretacion de su contenido (§ **28**). Esto mismo sucede áun con muchos de los hábitos específicos (instintos): no excusan éstos de un aprendizaje más ó ménos largo, segun las especies, y sólo con el trascurso del tiempo se hacen hábito individual y automático: por esto se aclimatan y adoptan otras costumbres con más facilidad los animales jóvenes que los ya entrados en años.

Es tambien el hábito instrumento poderoso de progreso jurídico, así en el indivíduo como en la sociedad (§ **23**). Mecanizada y hecha casi del todo inconsciente la ejecucion de los actos, así como las sensaciones que los promueven, la conciencia queda libre y como en reserva para consagrarse á afinar y perfeccionar la percepcion de éstas y la satisfaccion de las necesidades que en ellas se revelan, ó á cumplir otros fines que ántes habia tenido que desatender. «Así como un acto se va haciendo ménos penoso y exigiendo un esfuerzo menor para ser repetido, el excedente de actividad que resulta y el aumento adquirido mediante el ejercicio, quedan en cierto modo disponibles para nuevos y superiores esfuerzos (1).» «Pero si el hábito es una necesidad benéfica y saludable, que nos permite

---

(1) A. Lemoine, *L'habitude et l'instinct*, 1ª parte, cap. v.

progresar,—en otro concepto, léjos de ser instrumento de progreso, degenera en obstáculo que se opone al ejercicio y al desarrollo de nuestras facultades y al progreso general, porque tiende á aprisionar y á petrificar en formas determinadas el pensamiento y el espíritu del pueblo ó del indivíduo: los hábitos se hacen institucion, y luégo la multitud se opone á su reforma (1).» Es preciso, con efecto, distinguir el hábito progresivo de la ciega rutina. Hablando en todo rigor, el obrar del sér racional no llega nunca á ser del todo inconsciente y automático: ni áun en la plenitud de su desarrollo, es el hábito una tendencia ciega de la actividad: en absoluto, nunca abandona la voluntad su papel de directora y de reguladora de los actos humanos; de lo contrario, seríamos irresponsables de casi todo cuanto ejecutamos en la vida. Acontece á las veces, sin embargo, que el sujeto abandona una parte demasiado grande de su libertad al imperio del hábito, y sigue obedeciendo al impulso inicial de la tradicion áun mucho tiempo después que ha cesado su razon de ser, ejecutando actos que en otro tiempo tuvieron su objeto,—la satisfaccion de una necesidad,—pero que ahora no lo tienen, porque la necesidad ha desaparecido ó se ha trasformado, porque ya no le favorece la opinion. En vez de consagrar la actividad que el hábito le deja libre, á satisfacer nuevas necesidades, á perseguir nuevos fines y nuevos ideales, á realizar nuevos progresos, la mantiene en la inercia, dejándose dominar de la pereza, con lo cual se atrofia progresivamente; y de esa inactividad, de esa atrofia de la reflexion, que no del hábito en sí, se enjendra y nace la rutina. Cuando el hábito individual se hace rutinario, se asemeja sobremanera al instinto específico: clava la rueda del tiempo, inmoviliza la vida, no hay en ella presente ni futuro: se vive en el pasado, ó mejor dicho, no se vive, se vegeta. Difícilmente se citaría un ejemplo más característico de rutina que el de las emigraciones anuales de los Kirghises en la region del Oxus, emigraciones absurdas, que no reconocen otro fundamento que el de ser una costumbre recibida de los antepasados: la respuesta que

(1) *Introd. alla fil. della Hist.*, lezioni de A. Vera raccolte de Raf. Mariano: Firenze, 1869; cap. II, 4.

dieron á Mac-Gahan, cuando les aconsejaba la vida sedentaria: «nuestros padres nunca hicieron eso; ¿por qué habiamos de obrar nosotros de distinta manera que ellos? (1)» es la suprema razon de la rutina. El régimen de bienes de la legislacion romana, en cuya virtud las mujeres casadas no tenian parte en los bienes adquiridos durante el matrimonio, ha quedado en pié en Córdoba hasta el siglo XVIII, desafiando el precepto terminante del Fuero Juzgo que, al tiempo de su reconquista, le habia sido dado por fuero municipal, y el influjo de los Fueros castellanos y de la ley de Partida, que perfeccionaban el sistema de gananciales: tenía por contrarios el espíritu y las tendencias jurídicas de la sociedad española, pero le favorecia la rutina, y seguia rigiendo cuando Cárlos IV abolió por decreto «esa supuesta ley, costumbre ó estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdova.» Con razon dice el adagio popular: «costumbre buena ó costumbre mala, el villano quiere que vala.» ¿Por qué haceis eso? Porque siempre se ha hecho así, contesta la rutina.—Para precaver tan grave peligro, es preciso no dejarse dominar nunca por el hábito: servirse de él como el marino se sirve del viento para impulsar la nave, sin soltar de la mano el gobernalle, que es la reflexion, manteniendo perpétuamente subordinado el hábito á la conciencia, sin que un instante se sustraiga á su inspeccion, de manera que el indivíduo se halle constantemente en disposicion de regular, moderar, dirigir, y hasta contener ó trasformar el movimiento, de romper el viejo molde en que iba vaciándose la vida, y de adoptar formas más en consonancia con los progresos realizados en ella. La razon debe mandar al hábito, y no el hábito á la razon: el hábito por excelencia consiste en saber vencer todos los hábitos contraidos cuando lo ordena la razon. Lo opuesto del hábito es la reflexion, y ella debe servirle de contrapeso para que no se precipite por la suave y cómoda pendiente de la rutina: cuando queremos modificar un hábito ó imprimirle una direccion distinta de la que traia de atrás, nos valemos por todo instrumento de la reflexion (§ 22): cuan-

(1) *Campaigning on the Oxus*, p. 50, apud Hearn, *The aryan household*, p. 388 y 389.

do queremos extirpar un hábito, principiamos tambien por despertar la reflexion, á fin de borrar y destruir la inconsciencia donde tal hábito nutre su raíz. La reflexion no debe abdicar nunca sus derechos, ni el hábito debe nunca emanciparse de ella; de lo contrario, se petrifica en los opresores moldes de la rutina, y léjos de servir al progreso, ahoga sus gérmenes, causando una verdadera asfixia. El hábito sirve poderosamente la causa del progreso, pero á condicion de que sea móvil, flexible, orgánico, vivo.

Una última funcion del hábito, en que no hemos de detenernos, por ser materia de otro tratado, consiste en hacer más fácil y cierta la prueba de la costumbre, ó sea, del carácter consuetudinario de los actos jurídicos; por esto han creido los legisladores y los publicistas deber exigir una pluralidad de ellos para reconocer existencia oficial á la costumbre. Es obvio que cuanto más frecuente y general sea el obrar en un determinado sentido, que cuanto mayor sea el número de hechos uniformes que hayan ocurrido, tanto ménos podrá dudarse de la existencia de una voluntad social, de un espíritu colectivo, de una conviccion comun, que se ha manifestado prácticamente por órgano de varios indivíduos.

FIN.